

(IN)COMPATIBILIDADE ENTRE GUARDA COMPARTILHADA E VIOLÊNCIA DOMÉSTICA? A VISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

LUISA CASSULA PIASENTINI:

Advogada. mestra em Direito e Desenvolvimento pela Fundação Getulio Vargas Direito SP (2022) e graduada na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo (2017).

RESUMO: Este artigo objetiva compreender como o Superior Tribunal de Justiça decide casos de disputa pela guarda dos filhos quando há episódios de violência doméstica envolvendo membros da família, utilizando o método de análise de jurisprudência. Após a entrada em vigor da Lei nº 13.058/2014, a guarda compartilhada – isto é, responsabilização conjunta dos direitos e deveres dos pais que não vivam sob o mesmo teto em relação aos filhos comuns – deve ser aplicada em regra, inclusive quando não houver concordância entre os pais quanto ao modelo de guarda a ser adotado. Nesse sentido, atualmente, a guarda unilateral é entendida como excepcional. Sendo assim, a pesquisa visa observar se a ocorrência de violência doméstica, principalmente entre os pais, é tratada como situação capaz de excepcionar a regra da guarda compartilhada dos filhos. A fim de compreender os argumentos utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça, esta pesquisa reconstrói a evolução dos direitos da crianças e adolescentes no Brasil. Além disso, analisa as modificações no Direito das Famílias, após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e aborda o conteúdo de duas leis que visam oferecer proteção integral aos membros vulneráveis da família, a Lei 11.340/2006 e a Lei 14.344/2022.

Palavras-chave: guarda compartilhada; violência doméstica; melhor interesse da criança; Superior Tribunal de Justiça; direito das famílias.

INTRODUÇÃO

A família é uma construção social, em torno da qual se organiza a própria sociedade. Sendo assim, é tanto uma estrutura pública como uma relação privada, na medida em que “identifica o indivíduo como integrante do vínculo familiar e também como partícipe do contexto social” (DIAS, 2021, p. 44). O Direito, enquanto técnica estatal de organização da vida em sociedade, estabelece normas jurídicas que tratam da tutela da família. Neste estudo, para referir-se a esse ramo do Direito, utiliza-se a expressão “Direito das Famílias”, ao invés de “Direito de Família”,

adotando-se, para tanto, a justificção apresentada por Maria Berenice Dias (2021, p. 44):

Como a linguagem condiciona o pensamento, é necessário subtrair qualquer adjetivação ao substantivo família e simplesmente falar em famílias. Como refere Jones Figueirêdo, apenas uma consoante a mais sintetiza a magnitude das famílias em suas multifacetadas formatações. Desse modo, a expressão Direito das Famílias é a que melhor atende à necessidade de enlaçar, no seu âmbito de proteção, as famílias, todas elas, sem discriminação, tenham a formação que tiver.

O Direito tem a pretensão de englobar todas as situações fáticas em seu âmbito regulatório; porém, trata-se de tarefa impossível, uma vez que “a realidade sempre antecede o Direito” (DIAS, 2021, p. 40). Maria Berenice Dias (2021) explica que, ainda que haja uma tentativa legal de prever todas as situações que merecem ser tutelas, a riqueza e a dinamicidade das relações jurídicas sempre escaparão à letra da lei. Mais complexa ainda, continua autora, é a alteração de regras do Direito das Famílias, uma vez que é o ramo do Direito que lida diretamente com a vida das pessoas e seus sentimentos, de modo que o Poder Legislativo não consegue contemplar todas as inquietações em torno dos institutos da família contemporânea.

Nesse sentido, explica a autora, a existência de lacunas no direito é decorrência da própria lógica do sistema. Diante da falta de previsão legal, a Justiça não pode esquivar-se da prestação jurídica, tampouco “deixar de reconhecer a existência de direito merecedor de chancela jurídica” (DIAS, 2021, p. 41). Assim, determina o art. 140, do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), que cabe à Magistratura a atividade de colmatar as lacunas diante do caso concreto. Para tanto, deve valer-se da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito, segundo dispõe o art. 4º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Ainda, completa Maria Berenice Dias (2020) que, num Estado Democrático de Direito, os princípios constitucionais devem servir de parâmetro normativo para aferição da validade de toda e qualquer norma jurídica.

Partindo de tais premissas, o presente estudo propõe-se a analisar o modo como o Poder Judiciário, na figura do Superior Tribunal de Justiça (STJ), tem decidido a respeito de lacunas no Direito de Famílias. Mais especificamente, o objeto desta pesquisa compreende as lacunas legislativas, no Código Civil de 2002, ao disciplinar sobre o instituto da guarda dos filhos quando há episódios de violência doméstica intrafamiliar.

É certo que, com as alterações legais ao Código Civil trazidas pela recente Lei 13.715/2018, há situações em que a violência doméstica pode ensejar a perda do poder familiar. Mais especificamente, poderá ocorrer tal perda quando houver condenação criminal por condutas que configurem os crimes dolosos de homicídio,

feminicídio, lesão corporal – grave ou gravíssima – e estupro, incluído o estupro de vulnerável, contra os filhos ou filhas, ou contra outrem igualmente titular do poder familiar, todos em situações envolvendo violência doméstica ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher (art. 1.638, CC/2002). Sendo assim, se há extinção do poder familiar para um de seus detentores, não há que se discutir o regime de guarda dos filhos.

Além disso, a mesma lei também alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente, que passou a prever que poderá ensejar a perda do poder familiar a condenação por crime doloso sujeito à pena de reclusão contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar ou contra filho, filha ou outro descendente (art. 23, §2º, ECA). Com esse dispositivo, a perda do poder familiar também poderá ocorrer quando houver condenação por outros crimes no âmbito da violência doméstica e intrafamiliar que não se amolde aos tipos penais descritos na lei civil, como é o caso das lesões corporais leves, da perseguição ou da violência psicológica, por exemplo.

Por outro lado, não é tão claro o regramento sobre como deve ser estipulada a guarda dos filhos enquanto não houver, ainda, a condenação criminal. Falta também clareza quanto à hipótese em que, a despeito da condenação criminal pelos tipos acima referidos, não se estipule a perda do poder familiar, uma vez que tal efeito não é automático. Em tais casos, surge a discussão sobre como deverá ser feita a estipulação do regime de guarda dos filhos.

A guarda é a regulamentação da convivência familiar entre pais e filhos (RAMOS, 2020). De acordo com o art. 1584, do CC/2002, a guarda poderá ser unilateral ou compartilhada e, não sendo possível a escolha por um desses dois regimes de forma consensual, a regra será a guarda compartilhada. Em complemento, o Código Civil de 2002 traz três hipóteses em que a guarda será unilateral: havendo consenso entre os genitores (art. 1.584, inciso I, do CC/2002); havendo declaração de desinteresse por parte de um dos genitores em obter a guarda (art. 1.584, §2º, CC/2002); e em caso de inaptidão de um dos genitores ao exercício da guarda compartilhada (art. 1.584, §2º, CC/2002). Ademais, segundo o art. 1.586, do mesmo diploma, nos casos em que houver motivos graves, o juiz poderá regular a guarda de maneira diversa, pautando-se pelo melhor interesse das crianças e adolescentes.

Nesse sentido, pergunta-se: na visão do Superior Tribunal de Justiça, há incompatibilidade entre episódios de violência doméstica e intrafamiliar, supostamente perpetrada por um dos detentores do poder familiar contra o outro, e a estipulação de regime compartilhado de guarda dos filhos? Em outras palavras, quando os genitores não mais convivam e, paralelamente, esteja sendo apurado o cometimento de violência doméstica e intrafamiliar, se houver conflito na estipulação do regime de guarda dos filhos, será estabelecida a guarda compartilhada? Ou será

aplicada a hipótese do art. 1.584, §2º, CC/2002, isto é, o genitor supostamente agressor será considerado inapto à guarda compartilhada? Ou, ainda, será apontado grave motivo para o estabelecimento da guarda de maneira diversa?

A pergunta de pesquisa justifica-se frente aos altos números de violência doméstica e intrafamiliar, seja na relação entre parceiros, ou na relação entre ascendentes e descendentes. Por exemplo, o “Atlas da Violência” de 2020 (CERQUEIRA, 2020, p. 39), aponta que a taxa de homicídios de mulheres dentro da residência, de 2008 a 2018, foi quase 3 (três) vezes maior que a taxa de referidos homicídios fora da residência, no mesmo período. Além disso, a Organização das Nações Unidas (ONU) estima que, em 2019, 243 milhões de mulheres, com idade entre 15 e 49 anos, ao redor do mundo, tenham experienciado algum episódio de violência perpetrado por seu parceiro¹. Os números de violência contra crianças e adolescentes são igualmente elevados. Por exemplo, a UNICEF e o Fórum Brasileiro de Segurança Pública apontam que, entre 2016 e 2020, 35 mil crianças e adolescentes foram mortos de forma violenta no Brasil; ainda, estimam que, entre, de 2017 a 2020, 180 mil tenham sofrido violência sexual².

Além disso, considera-se importante compreender o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, uma vez que, desde a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 1998, o Direito das Famílias tem passado por grandes transformações. Segundo Hellen Cristina do Lago Ramos (2020, p. 16), “especificamente no campo do direito de família, a nova roupagem constitucionalizada dos institutos fez emergir uma família democrática, inclusiva e igualitária, com viés humanista e promocional da dignidade da pessoa”. Igualmente, a CRFB/88 teve reflexos na tutela dos direitos das crianças e adolescentes, que passaram a ser vistos como sujeito de direitos, em condição peculiar de desenvolvimento, a partir da adoção constitucional da doutrina da proteção integral (LOURENÇO, 2018).

O interesse em compreender como o Superior Tribunal de Justiça tem decidido sobre essa temática se deve ao fato de que, de acordo com as atribuições concedidas pela CRFB/88, este é o órgão responsável por julgar os dissídios jurisprudenciais das cortes inferiores e produzir precedentes que assegurem a uniformidade da interpretação da legislação federal. Nesse sentido, esse estudo se propõe a realizar uma pesquisa qualitativa a partir do método de análise jurisprudencial, complementado pelo método de revisão bibliográfica. Sobre as pesquisas qualitativas, Rebecca Lemos Igreja (2017, p. 14) ensina que:

¹ Disponível em: <https://www.unwomen.org/en/news/stories/2020/4/statement-ed-phumzile-violence-against-women-during-pandemic>. Acesso em: 24 abr. 22.

² Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/comunicados-de-imprensa/nos-ultimos-cinco-anos-35-mil-criancas-e-adolescentes-foram-mortos-de-forma-violenta-no-brasil>. Acesso em 22 de jul. 22.

A pesquisa qualitativa se define por uma série de métodos e técnicas que podem ser empregados com o objetivo principal de proporcionar uma análise mais profunda de processos ou relações sociais. Seu uso não objetiva alcançar dados quantificáveis, ao contrário, objetiva promover uma maior quantidade de informações que permita ver o seu objeto de estudo em sua complexidade, em suas múltiplas características e relações.

O método de análise de jurisprudência caracteriza-se, segundo Juliana Bonacorsi de Palma, Marina Feferbaum e Victor Marcel Pinheiro, como “uma *investigação científica*, orientada por *metodologia* especialmente construída para endereçar *perguntas* que possam ser respondidas por meio de análise de *julgados*” (2019, p. 119, grifos no original). Sobre a análise de julgados, os mesmos autores destacam que se trata sempre do direito aplicado, isto é, parte-se de um caso concreto visando a solução de um problema que ele apresenta, de modo que a narrativa do julgado precisa ser compreendida para uma boa análise. Além disso, os autores chama a atenção para o fato de que o julgado resulta de uma escolha interpretativa, sendo importante reconhecer as diversas interpretações utilizadas.

O estudo de julgados requer a determinação de recortes jurisprudenciais para delimitar o tema, sendo os mais comuns os recortes institucionais, temáticos, processuais e temporais (PALMA; FEFERBAUM; PINHEIRO, 2019). Nesta pesquisa, adota-se como recorte institucional o Superior Tribunal de Justiça. A delimitação do tema (recorte temático) são os julgados versando sobre a estipulação do regime de guarda dos filhos em casos nos quais, supostamente, houve episódios de violência doméstica e intrafamiliar. O recorte processual não foi adotado, tendo em vista que não se elegeu, *a priori*, um tipo específico de recurso para servir de objeto da análise. Por fim, o recorte temporal levou em consideração as importantes modificações advindas da Lei nº 13.058/2014, de modo que foram selecionados apenas os acórdãos proferidos após a entrada em vigor da referida lei até a data de 22 de julho de 2022.

Para a seleção dos julgados, esta pesquisa utilizou a ferramenta de buscas de jurisprudência do *site* do Superior Tribunal de Justiça a partir da combinação de duas palavras chaves: “guarda compartilhada” e “violência doméstica”. A busca resultou em 30 decisões monocráticas no total, não sendo localizado nenhum acórdão a partir de tais palavras-chave. Contudo, identificou-se que um julgado estava duplicado e quatro outros foram proferidos anteriormente à entrada em vigência da Lei nº 13.058/2014, de modo que foram excluídos da análise. Assim, o *corpus* empírico inicial da pesquisa foi composto por 25 julgados, todos sendo decisões monocráticas.

A partir dos resultados, realizou-se uma triagem com base na leitura inicial dos 25 (vinte e cinco) julgados, a fim de observar se o caso tratado em cada julgado se referia, de fato, a discussões envolvendo guarda compartilhada e violência doméstica.

Nesse sentido, após uma leitura mais fina, 15 (quinze) julgados foram eliminados da análise. Um deles, estava duplicado. Os demais, não continham discussão sobre a guarda dos filhos, de modo que a palavra-chave “guarda compartilhada” apenas aparecia de forma colateral. Tais julgados versavam, por exemplo, sobre assuntos como revogação de medidas protetivas de urgência³, revogação de prisão preventiva⁴, revogação de monitoramento eletrônico⁵, busca e apreensão de filhos⁶, conflito de competência⁷, dentre outras questões que fogem ao escopo desta pesquisa. Assim, ao final dessa etapa, foram selecionadas 10 (dez) decisões monocráticas para a análise.

O presente artigo está dividido em mais 4 (quatro) capítulos, além desta introdução e das considerações finais. O primeiro capítulo reconstrói, brevemente, a evolução dos direitos humanos das crianças e dos adolescentes. Também, a partir das disposições da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), de tratados internacionais e do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), aborda a principiologia que rege o direito das crianças e adolescentes no ordenamento jurídico brasileiro e discute a moldura dada ao direito fundamental à convivência familiar.

O segundo capítulo foca em aprofundar o entendimento sobre as mudanças no Direito das Famílias a partir da promulgação da Constituição Federal da República do Brasil de 1988, com o objetivo de compreender a nova moldura dada à proteção dos filhos no Código Civil de 2002, mais especificamente, no que se refere ao instituto da guarda dos filhos. Nesse sentido, aborda-se os princípios estruturantes do novo Direito das Famílias, o conceito contemporâneo de família e de poder familiar, bem como analisa o instituto da guarda dos filhos.

O capítulo 3 expõe o conteúdo de duas importantes leis de proteção aos membros da família considerados em maior vulnerabilidade – isto é, as mulheres e os filhos – sendo elas: a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006) e a Lei Henry Borel (Lei nº 14.344/2002). Tal capítulo se propõe a oferecer um panorama sobre o tratamento jurídico dado à violência doméstica e intrafamiliar no ordenamento jurídico brasileiro. Finalmente, no capítulo 4, serão apresentados e discutidos os resultados da análise de jurisprudência, examinando os argumentos utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça no que se refere à concessão – ou não – da guarda compartilhada dos filhos em casos envolvendo episódios de violência doméstica e intrafamiliar.

1 OS DIREITOS DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES

³ HC 630017, RHC 134285, HC 544424 e RHC 155154.

⁴ RHC 072286 e HC 548171.

⁵ HC 427730.

⁶ AREsp 1929357 e HC 643147.

⁷ RHC 42630.

As crianças e adolescentes constituem um grupo de indivíduos vulneráveis – considerando-se o critério etário de pessoa ainda em desenvolvimento – e demandam especial proteção normativa. Essa noção, porém, nem sempre foi objeto de consenso. Segundo Daniel Braga Lourenço (2018), o conceito de infância e a ideia de proteção às crianças começaram a ser desenvolvidos no final do século XIX. Até então, as crianças eram consideradas pequenos adultos sobre os quais os pais detinham poder quase ilimitado, na medida em que eram considerados sua propriedade. Não havia, portanto, no plano internacional ou interno dos países, normas que se ocupassem da proteção de tal grupo.

Considerando que a pergunta de pesquisa deste artigo envolve os direitos das crianças e adolescentes, é necessário compreender, além de suas principais diretrizes, seu contexto de surgimento, na medida em que “o olhar para trás ajuda a iluminar os caminhos agora percorridos” (VERONESE; RÖPKE, 2017, p. 113). Sendo assim, este capítulo reconstrói, brevemente, a evolução dos direitos humanos das crianças e dos adolescentes. Também, a partir das disposições da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), de tratados internacionais e do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), este capítulo aborda a principiologia que rege o direito das crianças e adolescentes no ordenamento jurídico brasileiro e discute a moldura dada ao direito fundamental à convivência familiar.

1.1 A EVOLUÇÃO NORMATIVA NO PLANO INTERNACIONAL

A decisão proferida no “caso Mary Ellen Wilson”, em 1874, foi a primeira a punir os maus-tratos infantil, tornando-se um episódio emblemático para o – então embrionário – direito das crianças e adolescentes. O caso ocorreu em Nova Iorque, nos Estados Unidos da América (EUA). Mary Ellen Wilson era uma menina de 9 (nove) anos de idade que, em decorrência da morte paterna e da situação de extrema pobreza da mãe, foi levada à uma instituição para crianças carentes e abandonadas e, posteriormente, submetida a um processo de adoção. Na nova família, a garota foi recorrentemente submetida a situações de violência física e psicológica, desenvolvendo, inclusive, um quadro de desnutrição e depressão. Percebendo a gravidade da situação a que a menina era submetida, a vizinhança procurou tomar medidas para cessá-la (LOURENÇO, 2018).

Osmar Veronese e Juliana Hanke Röpke (2017) explicam, porém, que levar o caso à Suprema Corte estadunidense foi turbulento, na medida em que o país – assim como grande parte do mundo – não tinha nenhum tipo de legislação que protegesse os direitos das crianças. Por essa razão, foi preciso recorrer à Sociedade Americana para a Prevenção da Crueldade contra os Animais, sendo Mary Ellen Wilson representada pelo advogado Herry Bergh. Em sua argumentação, o advogado valeu-se de analogia às leis de proteção aos animais – já existentes à época – e sustentou

que às crianças deveria ser dado, ao menos, proteção igual àquela concedida aos animais e que, portanto, não poderiam ser maltratadas.

A repercussão do “caso Mary Ellen Wilson” impulsionou a fundação da primeira organização destinada a proteger os direitos das crianças nos EUA, intitulada “Sociedade Protetora da Crianças”. Daniel Braga Lourenço (2018, p. 1667) aponta que “no seu primeiro ano de atuação, [a fundação] investigou mais de trezentos casos relacionados ao abuso infantil e ajudou a introduzir legislação específica para proteger e punir os maus tratos”. Em 1899, surgiu nos EUA o chamado “Tribunal de Menores”, instituição que se espalhou por diversos países, como a Inglaterra (1905) e a Alemanha (1908), chegando ao Brasil no ano de 1923 (SEABRA, 2020). Em 1924, surge a Declaração dos Direitos da Criança de Genebra, o primeiro documento internacional que expôs a preocupação em se reconhecer direitos a crianças e adolescentes promovida pela Liga das Nações (AMIN, 2010a).

Apenas em 1959, porém, surgiu a Declaração Universal dos Direitos das Crianças, primeiro diploma internacional a tratar as crianças enquanto sujeito de direitos. Sua criação se insere no contexto de internacionalização dos direitos humanos, do qual a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, é o diploma inaugural. Referido contexto foi um reflexo do esforço da comunidade internacional em dar uma resposta à barbárie totalitarista da Segunda Guerra Mundial. Isto é, ganhou força a noção de que a proteção dos direitos humanos deve expandir-se para além do domínio reservado do Estado, constituindo-se um tema de legítimo interesse internacional (PIOVESAN; PIMENTEL, 2011).

A Declaração de 1948 integra uma primeira fase de proteção dos direitos humanos, que, pautada pela igualdade formal, considera o indivíduo de forma geral e abstrata. O diploma foi responsável por introduzir a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade de direitos. Flavia Piovesan e Silvia Pimentel explicam tais características (2011, p. 102):

Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano como um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade, esta como valor intrínseco à condição humana. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem, assim, uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos com o catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais.

Com o passar do tempo, a ótica genérica passa a ser entendida como insuficiente, demandando a especificação do sujeito de direito, a partir de suas peculiaridades e particularidades. Assim, ao lado da igualdade, surge também o direito à diferença, assegurando-se um tratamento especial a pessoas pertencentes a categorias socialmente mais vulneráveis (PIOVESAN; PIMENTEL, 2011). Nesse sentido, nas palavras de Gustavo Cives Seabra (2020, p. 22), a Declaração dos Direitos das Crianças, da Organização das Nações Unidas (ONU) “representa uma enunciação de direitos que veio para especificar a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948”.

A Declaração Universal dos Direitos das Crianças foi ratificada pelo Brasil, mas seu conteúdo não é vinculante, isto é, suas disposições trazem princípios programáticos que não representam obrigações para os Estados (SEABRA, 2020). Ao todo, possui 10 (dez) princípios. Já nesta ocasião, foi estipulada a proteção especial, com atenção ao interesse superior da criança (princípio VIII). Além deste princípio, destacam-se para os fins esta pesquisa, o direito à igualdade sem qualquer discriminação (princípio I); o direito à alimentação, moradia e assistência médica adequadas (princípio IV); o direito ao amor e à compreensão por parte dos pais e da sociedade (princípio VI); o direito a ser protegido contra o abandono (princípio IX); e direito a crescer dentro de um espírito de solidariedade, compreensão, amizade e justiça entre os povos (princípio X) (ONU, 1959). Esta Declaração formou base para a Convenção sobre os Direitos das Crianças da ONU, de 1989, sendo esta o mais importante instrumento internacional de proteção dos direitos das crianças e adolescentes (SEABRA, 2020).

Antes da criação da referida Convenção, porém, outros diplomas internacionais também trouxeram algumas previsões relevantes para as crianças e adolescentes. Por exemplo, no sistema regional de proteção dos direitos humanos, destacam-se as disposições da Convenção Americana dos Direitos Humanos, de 1969. Este diploma foi o responsável por introduzir o direito das crianças e adolescentes – quando puderem ser processados – a julgamento separado dos adultos, feito por tribunal especializado, bem como a cumprir pena de caráter ressocializador em estabelecimentos especiais (art. 5º) (OEA, 1969).

Em novembro de 1989, após quase 10 (dez) anos de trabalho do grupo de pesquisa da ONU, a Convenção sobre os Direitos das Crianças foi aprovada (AMIN, 2010a). O Brasil incorporou-a na data de 21 de novembro de 1990, por meio do Decreto 99.710/90. Sua aprovação pelo Congresso Nacional, portanto, é anterior à EC 45/04, que confere o *status* de emenda à constituição aos tratados e convenções internacionais de direitos humanos incorporados seguindo determinado rito⁸. Sendo

⁸ CRPF/88: Art. 5º (...) § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão

assim, de acordo com a orientação⁹ do Supremo Tribunal Federal (STF), a Convenção sobre os Direitos das Crianças possui hierarquia suprallegal, isto é, está acima da legislação ordinária e abaixo da Constituição, uma vez que versa sobre direitos humanos, mas não adotou o quórum qualificado exigido pelo §3º, art. 5º, da CRFB/88. Referido *status* tem por consequência, por exemplo, a impossibilidade de o Estatuto da Criança e do Adolescente, ou de qualquer outra lei brasileira, contrariar o disposto na Convenção, exceto para conferir tratamento mais favorável à criança ou adolescente (SEABRA, 2020).

A Convenção é composta de um preâmbulo seguido por 54 artigos, sendo que a definição de criança é dada pelo artigo 1º, como todo ser humano com menos de 18 anos de idade, de modo que a Convenção não faz distinção entre criança e adolescente¹⁰. Já no preâmbulo, a Convenção reforça os princípios proclamados nos diplomas internacionais anteriores e reconhece a condição peculiar às crianças de ser humano em desenvolvimento, da qual decorre a necessidade de tratamento diferenciado (BRASIL, 1990a). Andréa Rodrigues Amin (2010a) explica que a Convenção adotou a chamada “doutrina¹¹ da proteção integral”, em detrimento da doutrina da situação irregular. Segundo aquela doutrina, o foco deve ser a proteção de todos os direitos fundamentais de qualquer criança e adolescente, não apenas daquelas em situação de delinquência ou carência, independentemente de qualquer marcador social.

Em decorrência da doutrina da proteção integral, surge o princípio da prioridade absoluta das crianças (AMIN, 2010a). Parte-se do pressuposto de que, para seu pleno desenvolvimento, a criança precisa fruir tanto de direitos titularizados por todos os seres humanos quanto de direitos especiais, tais como o direito de brincar e o direito à convivência familiar. Ocorre que a natureza deste último grupo de direitos é efêmera e, se não assegurados de forma tempestiva, tornam-se impossíveis de serem fruídos. Sendo assim, a prioridade absoluta deve ser observada pelo Estado legislador, pelo Estado juiz e pelo Estado Executivo na implementação de políticas públicas. Ao lado da proteção integral, outro princípio basilar adotado pela Convenção é o interesse superior da criança, conforme disposto pelo art. 3º (SEABRA, 2020). Isso significa que, em caso de conflito de interesses entre a criança e a sociedade ou a família ou o Estado, deve-se levar em consideração o melhor interesse da criança em primeiro plano.

equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide ADIN 3392) (Vide Atos decorrentes do disposto no § 3º do art. 5º da Constituição).

⁹ RE 466343, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008.

¹⁰ Há, contudo, uma ressalva quanto à possibilidade de a legislação aplicável à criança determinar que a maioria se atingirá mais cedo.

¹¹ A autora explica que o termo doutrina, que não é exclusivo do direito, significa o conjunto de princípios que servem de base a um sistema religioso, político, filosófico, científico (2010a, p. 11).

Ainda, a Convenção prevê mais de 40 direitos específicos, seja de tutela individual ou coletiva. Nesse sentido, é considerada como uma verdadeira declaração de direitos, agregando direitos civis e sociais, aliada à uma concepção contemporânea de direitos humanos, isto é, baseada na universalidade, indivisibilidade e interdependência. A fim de fiscalizar e dar transparência à execução de suas normas, a Convenção instituiu o Comitê para os Direitos da Criança (art. 43).

Por fim, é importante pontuar que a Convenção possui, ao todo, três Protocolos Facultativos. Os dois primeiros foram criados em 25 de maio de 2000 e foram ratificados pelo Brasil em 27 de janeiro de 2004. São eles: Protocolo Facultativo sobre a venda de crianças, prostituição infantil e pornografia infantil; e o Protocolo Facultativo sobre o envolvimento de crianças em conflitos armados. O terceiro Protocolo Facultativo foi ratificado pelo Brasil em 29 de setembro de 2017.

Após a Convenção de 1989, outros¹² diplomas internacionais surgiram, evidenciando a crescente preocupação e evolução dos estudos e normas, no direito internacional, sobre as crianças e adolescentes.

1.2 CRFB/88 E O NOVO PARADIGMA: A DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 inaugurou¹³ a doutrina da proteção integral no ordenamento jurídico brasileiro, apesar de não utilizar expressamente a terminologia. Isso, porque o *caput* do art. 227 traz um extenso – e não taxativo – rol de direitos às crianças, adolescentes e jovens, e estipula solidariamente o dever da família, da sociedade e do Estado em assegurá-los (BRASIL, 1988):

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. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

Conforme abordado na seção anterior, tal doutrina traz a ideia de que é necessário assegurar a esse ser humano em condição peculiar todos os direitos

¹² São eles: as Diretrizes das Nações Unidas para Prevenção da Delinquência Juvenil – Diretrizes de RIAD (1990); as Regras mínimas das Nações Unidas para a proteção dos jovens privados de liberdade (1990); a Convenção de Haia relativa à proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional (1999); e a Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças (2000). O conteúdo de cada um, porém, não será abordado nesta pesquisa por fugirem ao escopo do estudo.

¹³ Antes da proteção integral, o tratamento jurídico destinado às crianças no Brasil passou por três diferentes períodos, sendo denominados pela literatura majoritária como: fase da absoluta indiferença, fase da mera imputação criminal e fase tutelar (SEABRA, 2020). Os detalhes de cada uma não serão, porém, amplamente discutidos nesta pesquisa por fugirem ao escopo do estudo.

necessários ao seu pleno desenvolvimento, incluindo-se todos os direitos fundamentais dos adultos e os direitos fundamentais especiais dessa condição. Há, conseqüentemente, uma proteção em todas as instâncias: civil, administrativa e criminal, sem nenhum tipo de distinção ou discriminação. Nas palavras de Andréa Rodrigues Amin (2010a, p. 13), a adoção da doutrina da proteção integral não representou “uma simples substituição terminológica ou de princípios, mas sim de uma mudança de paradigma.”.

Antes da adoção da doutrina da proteção integral, vigorava a doutrina da situação irregular. Nesta, o Estado se propunha a prestar assistência, proteção e vigilância aos “menores” – terminologia utilizada à época – em situação considerada anômala, isto é, em condições de carência ou delinquência. Sendo assim, os “menores” não eram considerados sujeitos de direitos e sim objetos de proteção e intervenção, privilegiando-se soluções individuais, como a institucionalização ou adoção, em detrimento da implementação de políticas públicas (SEABRA, 2020).

O art. 227 da CRFB/88, ao versar sobre direitos civis e sociais, alinha-se à concepção contemporânea de direitos humanos, isto é, baseada na universalidade e indivisibilidade de direitos. Além disso, o dispositivo está em consonância com a Convenção dos Direitos da Criança da ONU, de 1989, ao prever, expressamente, o direito fundamental à convivência familiar e comunitária. A esse respeito, é importante destacar que, embora a aprovação e incorporação da Convenção sejam supervenientes à CRFB/88, os estudos para a elaboração duraram quase uma década, inspirando e influenciando a redação da segunda na temática (AMIN, 2010a).

Para Guilherme Freire de Mello Barros (2015, p. 23) “a expressão-chave do dispositivo constitucional é a absoluta prioridade” das crianças, adolescentes e jovens. Frise-se que o legislador constituinte não concedeu esse tratamento a nenhum outro sujeito de direitos. Nos parágrafos que compõem o art. 227, a CRFB/88 cria um especial sistema de garantias a este grupo vulnerável, a fim de reforçar a especial proteção de seus direitos. Por exemplo, há dispositivos relacionados aos direitos trabalhistas e previdenciários; às garantias processuais; ao direito de família; ao direito à saúde; dentre outros.

A Lei nº 8.069/90, ou Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), é a responsável por materializar os ditames constitucionais, ao disciplinar largamente os direitos e deveres infanto-juvenis¹⁴, substituindo o Código de Menores (Lei nº 6.697/79), que adotava a doutrina da situação de irregular. Ao tratar da definição sobre quem é o sujeito de direitos a que suas normas se destinam, o diploma inovou frente à

¹⁴ Ao lado do ECA, há o Estatuto da Juventude (Lei 12.852/13), que dispõe sobre os direitos dos jovens, isto é, pessoas com idade entre 15 e 29 anos. Destaca-se, porém, que aos adolescentes aplica-se o ECA, sendo o Estatuto da Juventude aplicado a eles excepcionalmente, quando não conflitar com as normas daquele.

Convenção dos Direitos das Crianças, de 1989, uma vez que distingue crianças de adolescentes. A primeira categoria inclui indivíduos de até doze anos de idade, enquanto a segunda, corresponde a pessoas entre doze e dezoito anos. Tal diferenciação traz reflexos no modo como determinados direitos são exercidos por cada um deles, respeitando-se seu estágio de desenvolvimento. Por exemplo, nos processos de adoção, a criança será ouvida preferencialmente e sua opinião não terá o condão de vincular a decisão do juiz; por outro lado, o adolescente precisa, obrigatoriamente, ser ouvido no processo, sendo seu consentimento necessário¹⁵. Outras diferenciações ocorrem na esfera do trabalho, da responsabilização pela prática de atos infracionais, dentre outros temas.

Segundo Andréa Rodrigues Amin (2010b), o ECA constitui um sistema aberto de regras e princípios, ambos destinados a concretizar a doutrina da proteção integral. Segundo a autora, são 3 (três) os princípios orientadores de todo o ECA: o princípio da prioridade absoluta; o princípio da proteção integral; e o princípio da municipalização. Contudo, essa classificação não é unanimidade. Gustavo Cives Seabra (SEABRA, 2020), de modo diverso, defende de o ramo do direito das crianças e adolescentes está estruturado em 4 (quatro) princípios gerais: princípio da prioridade absoluta; princípio do interesse superior da criança e do adolescente; princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento; e princípio da vedação ao tratamento mais gravoso. Para o autor, a proteção integral não seria meramente um princípio, pois ocupa um lugar de valor maior no próprio ordenamento jurídico brasileiro, constituindo-se como um metaprincípio. Esta última será a classificação adotada e explicada a seguir.

A proteção integral aparece logo na norma de abertura do ECA, reforçando seu enquadramento como um metaprincípio a orientar toda a interpretação e aplicação da lei. Conforme já explicado, a proteção integral visa proteger todas as crianças e adolescentes, sem distinção de qualquer natureza, e assegurar a eles a fruição de todos os direitos fundamentais dos adultos somados aos direitos especiais pela condição peculiar de ser humano em desenvolvimento.

O princípio da prioridade absoluta, assim como a proteção integral, tem amparo tanto na CRFB/88, no art. 227, quanto no ECA, nos arts. 4º e 100, parágrafo único, inciso II¹⁶. Esse princípio estabelece a primazia em favor das crianças e adolescentes em todas as esferas de interesse, não havendo margem para ponderações sobre qual

¹⁵ ECA, Art. 45. A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando. § 1º. O consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do ~~pátrio poder~~ poder familiar. (Expressão substituída pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência § 2º. Em se tratando de adotando maior de doze anos de idade, será também necessário o seu consentimento.

¹⁶ ECA, Art. 100 (...), parágrafo único: II - proteção integral e prioritária: a interpretação e aplicação de toda e qualquer norma contida nesta Lei deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos de que crianças e adolescentes são titulares; (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência.

interesse deve prosperar no caso concreto, uma vez que a escolha foi feita pelo legislador constituinte. Com a finalidade de concretizar referido princípio, o art. 4º, parágrafo único, do ECA, traz, como exemplo, hipóteses de sua aplicação: primazia de receber proteção e socorro em quaisquer¹⁷ circunstâncias; precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; e destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude (SEABRA, 2020).

No que se refere ao princípio do interesse superior da criança e do adolescente, sua previsão consta tanto da Convenção dos Direitos da Criança – a qual possui status supralegal, conforme abordado anteriormente – como do ECA, em seu art. 100, parágrafo único, inciso IV. Gustavo Cives Seabra (2020, p. 52) define-o como “a análise do que é melhor para a vida da criança e adolescente em face do caso concreto apresentado”. Isso, porque, segundo o autor, há certa dificuldade em estabelecer, prévia e genericamente, o que seria a melhor solução para cada indivíduo, considerando-se que cada caso apresenta suas peculiaridade e nuances. Nesse sentido, seria o conceito flexível e adaptável. O autor explica que Comitê da ONU sobre os Direitos das Crianças recomenda que o princípio seja aplicado com observância a um conceito triplo, isto é, como um direito subjetivo, um princípio jurídico interpretativo fundamental e uma norma de procedimento.

Sobre o princípio, Andréa Rodrigues Amin (2010b, p. 27) explica que “com a adoção da doutrina da proteção integral, a aplicação do referido princípio ganhou amplitude, aplicando-se a todo público infante-juvenil, inclusive e principalmente nos litígios de natureza familiar.”. Ainda, a autora observa que o princípio deve nortear o legislador quanto o aplicador do direito, de modo que haja a primazia das necessidades das crianças e adolescentes e seus direitos fundamentais sejam garantidos. Sendo assim, entende-se que o princípio do interesse superior da criança e do adolescente possui funções garantistas, funcionando como um critério hermenêutico; criando deveres para o Poder Público; ensejando soluções com a máxima operatividade e mínima restrição de direitos; e conformando o exercício do poder familiar.

O princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento joga luz à situação fática de que “crianças e adolescentes mudam, fisicamente e emocionalmente, com mais rapidez que um adulto” (SEABRA, 2020, p. 54). Nesse sentido, cada fase do desenvolvimento infante-juvenil deve ser reconhecida em sua singularidade e incompletude. Esse princípio tem previsão em diversos dispositivos

¹⁷ Gustavo Cives Seabra (SEABRA, 2020) explica que a expressão “qualquer circunstância” deve ser interpretada considerando a mesma situação fática entre adultos e crianças ou adolescentes. O mesmo raciocínio deve ser aplicado à precedência de atendimento nos serviços públicos.

do ECA. No art. 6º, o princípio toma forma de norte interpretativo da lei. Já os arts. 69, inciso I, e 71 mencionam a necessidade de observância do princípio no exercício de direitos específicos, como nos casos de trabalho e acesso à informação e outros direitos, respectivamente (SEABRA, 2020).

Finalmente, o princípio da vedação ao tratamento mais gravoso é apontado por Gustavo Cives Seabra (SEABRA, 2020) como o quarto princípio estruturante do direito da criança e do adolescente, embora não encontre previsão no ECA. O autor explica que tal princípio, do ponto de vista legal, integra o sistema de execução das medidas socioeducativas, conforme artigo 35, inciso I, da Lei 12.594/2012 (Lei do SINASE). Contudo, o autor defende que se trata de princípio estruturante porque, como norma protetiva, como ser estendido para garantir o exercício de outros direitos fundamentais por crianças e adolescentes, como, por exemplo, na seara previdenciária.

A par dos princípios gerais e estruturantes do ECA, existem uma série de outros princípios previstos no Estatuto. Por exemplo, o Título II, ao tratar das medidas de proteção às crianças e adolescentes, dispõe em seu art. 100, sobre os princípios que deverão orientá-las. O princípio da responsabilidade primária e solidária do Poder Público encontra previsão no inciso III e traduz a ideia de que, em regra, a responsabilidade pela concretização e promoção dos direitos das crianças e dos adolescentes será simultaneamente da União, dos Estados e dos Municípios. O princípio da intervenção precoce, constante no inciso VI, estabelece que a atuação de integrantes do sistema de proteção deve ocorrer assim que se constate indícios de violação de direitos. Tal princípio deve ser lido em conjunto com o da intervenção mínima e da proporcionalidade e atualidade, disciplinados respectivamente nos incisos VII e VIII. Ou seja, a intervenção deverá ser necessária, proporcional e atual, a fim de afastar o risco de lesão ou a lesão ao direito da criança e do adolescente.

Ainda, merecem ser citados o inciso IX do mesmo artigo, que institui o princípio da responsabilidade parental; o inciso X, que prevê o princípio da prevalência da família, isto é, deve-se evitar medidas que retirem a criança e o adolescente da companhia de seus pais biológicos, priorizando a manutenção dos vínculos de afinidade e afetividade. Igualmente relevantes é o incisos XI, que dispõe sobre o princípio da obrigatoriedade da informação, ou seja, garante o esclarecimento das razões que levaram à aplicação da medida, seus prazos e objetivos, tanto às crianças e adolescentes quanto aos pais ou responsáveis. Por fim, o inciso XII institui o princípio da oitiva obrigatória e participação da criança e do adolescente.

Uma vez expostos e discutidos os princípios basilares que regem o direito das crianças e adolescentes, insculpidos nos tratados e convenções internacionais, na

Constituição e no ECA, no próximo capítulo, será apresentado como tais princípios influenciaram os institutos do Direito das Famílias, previstos no Código Civil.

2 PROTEÇÃO DOS FILHOS NO CÓDIGO CIVIL

A proposta deste capítulo é aprofundar o entendimento sobre as mudanças no Direito das Famílias a partir da promulgação da Constituição Federal da República do Brasil de 1988, com o objetivo de compreender a nova moldura dada à proteção dos filhos no Código Civil de 2002, mais especificamente, no que se refere ao instituto da guarda dos filhos. Tal compreensão revela-se como importante substrato para a análise dos fundamentos das decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, a qual será realizada no capítulo 4 desta pesquisa.

Assim, em um primeiro momento, serão abordados os princípios estruturantes do novo Direito das Famílias, bem como será discutido o conceito contemporâneo de família. Na segunda parte deste capítulo, será tratado especificamente o tema da guarda dos filhos, envolvendo suas mudanças legais desde o novo Código Civil e as polêmicas que cercam o instituto.

2.1 O DIREITO DAS FAMÍLIAS À LUZ DA CRFB/88

Assim como o tratamento jurídico de crianças e adolescentes, as normas sobre Direito das Famílias foram alvo de profundas mudanças nas últimas décadas, especialmente após a promulgação da CRFB/88, que “fez emergir a visão constitucionalizada do direito civil” (RAMOS, 2020, p. 14). As transformações estruturais e funcionais desse ramo do direito, na visão de Flávio Tartuce, (2020), podem ser compreendidas pelo estudo de seus princípios, muitos com previsão constitucional. O autor elenca 9 (nove) princípios que devem guiar a interpretação e aplicação do Direito das Famílias.

Em primeiro lugar, o autor aponta o princípio de proteção da dignidade da pessoa humana – previsto no art. 1º, inciso III, da CRFB/88 –, o qual, nas suas palavras, representa “[...] *princípio máximo*, ou *superprincípio*, ou *macroprincípio*, ou *princípio dos princípios*.” (2020, p. 1123). O autor explica que referido princípio é de difícil conceituação, na medida em que se trata de uma cláusula geral; porém, destaca que a dignidade da pessoa humana deve ser analisada a partir da realidade do ser humano em seu contexto social.

O segundo princípio elencado pelo autor é o da solidariedade familiar, que significa “[...] preocupar-se com a outra pessoa [...]” e “[...] deve ser tida em sentido amplo, tendo caráter afetivo, social, moral, patrimonial, espiritual e sexual.” (TARTUCE, 2020, p. 1127). O autor retira seu fundamento do art. 3º, inciso I, da CRFB/88, que prevê a solidariedade social, a qual, por sua vez, teria repercussões no Direito das

Famílias, uma vez que a solidariedade deve estar presente nesses relacionamentos pessoais. Flavio Tartuce (2020) argumenta que, desses dois primeiros princípios – a dignidade da pessoa humana e a solidariedade – decorre um terceiro: o princípio da afetividade. Na visão do autor (2020, p. 1131), que não é unânime, o afeto representa “o principal fundamento das relações familiares” e gera consequências concretas para o Direito das Famílias, como, por exemplo, a possibilidade de parentalidade socioafetiva.

Os dois próximos princípios regulamentam a isonomia constitucional da ordem familiar: o princípio da igualdade entre filhos (art. 227, §6º, CRFB/88 e art. 1.596, CC/2002) e o princípio da igualdade entre cônjuges ou companheiros (art. 226, §5º, CRFB/88 e art. 1.511, CC/2002). Tais princípios assumem especial importância se considerado o longo histórico de discriminação de filhos, que vigorou até a edição da Lei 8.560/1992, e das mulheres na sociedade conjugal ou convivencial (TARTUCE, 2020).

O sexto princípio consiste na não intervenção ou na liberalidade, e decorre do art. 1.513, do CC/2002. Segundo Flávio Tartuce (2020), tal princípio guarda relação direta com o princípio da autonomia privada, a qual, por sua vez, tem como fundamento constitucional a liberdade, um dos principais atributos do ser humano. O autor chama a atenção para o fato de que este princípio visa vedar a intervenção do Estado ou de entes privados, de formas coercitiva, nas relações de família, o que não significa que o primeiro não possa incentivar o controle da natalidade e o planejamento familiar, por exemplo, por meio de políticas públicas. Além disso, referido princípio não impede a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, como em casos de violência no âmbito de suas relações.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente – já discutido no capítulo anterior – também orienta o Direito das Famílias, contando com dois dispositivos no Código Civil de 2002 (arts. 1.583 e 1.584), além da previsão constitucional, já analisada. Em oitavo lugar, há o princípio da função social da família, que decorre da redação do *caput* do art. 226, da CRFB/88, ao caracterizá-la como a base da sociedade. Desse princípio, decorre a ideia de que “as relações familiares devem ser analisadas dentro do contexto social e diante das diferenças regionais de cada localidade” (TARTUCE, 2020, p. 1134).

Por fim, Flavio Tartuce (2020) entende que o princípio da boa-fé objetiva deve ser incluído entre os princípios estruturantes do Direito das Famílias brasileiro, uma vez que a eticidade – isto é, a valorização de um comportamento ético-socializante – é um dos três princípios fundamentais do próprio Código Civil de 2002.

Os princípios do Direito das Famílias são essenciais para a compreensão das novas molduras dadas a diversos institutos do ramo. O conceito contemporâneo de

família – ou entidade familiar, expressões sinônimas segundo o Superior Tribunal Federal¹⁸ – pode ser definido como “grupos domésticos que nascem de um vínculo afetivo, e se mantêm focadas na busca de projetos comuns e sem hierarquia, porque seus integrantes compartilham relações horizontais entre si. (RAMOS, 2020, p. 14)”. Muito diverso era o significado do conceito na vigência da Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. De modo simplificado, a definição de família abrangia apenas a entidade constituída pelo casamento, sob a qual o marido exercia o papel de chefe de família com autoridade preponderante sobre os filhos, sendo ampla a tutela dos interesses patrimoniais das pessoas (RAMOS, 2020).

O modelo anteriormente adotado, segundo explica Hellen Cristina do Lago Ramos (2020), era matrimonial, patriarcal e patrimonialista. Para a autora, a transformação do conceito se deu pela incorporação dos princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Além disso, a autora afirma que o novo conceito ampliou o número de famílias reconhecidas e protegidas juridicamente, aproximando o direito da realidade social. Ainda sobre a novel conceituação de família, Maria Berenice Dias (2021) aponta o afeto como o único modo eficaz de defini-la, ressaltando seu caráter eudemonista. Na visão da autora, a família “transforma-se na medida em que se acentuam as relações de sentimentos entre seus membros: valorizam-se as funções afetivas da família.” (DIAS, 2021, p. 77).

A CRFB/88 e o Código Civil de 2002 não trazem uma definição legal de família. A primeira, limita-se a caracteriza-la como “a base da sociedade e o foco de especial proteção do Estado” e ressalta sua pluralidade, ao prever, em rol exemplificativo¹⁹, três modelos de entidade familiar: a família originada do matrimônio (§1º), da união estável (§2º) e a família monoparental (§4º) (BRASIL, 1988). O Código Civil de 2002, por sua vez, nada diz sobre tal definição. Três leis, porém, trazem expressamente a definição de família e definem seus contornos por todo o ordenamento jurídico. São elas: a Lei da Adoção (Lei 12.010/2009)²⁰, a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006)²¹, recentemente, a Lei 14.344/2022²². Para Maria Berenice Dias (2021), tais conceitos estão alinhados ao perfil contemporâneo da família.

¹⁸ STF, Tribunal Pleno, ADPF 132/RJ, Rel. Min. Ayres Britto, j. 5-5-2011.

¹⁹ Outros arranjos familiares são, por exemplo: família mosaico, família anaparental, família extensa, famílias paralelas, família poliamorista etc. (RAMOS, 2020). As configurações de cada uma, porém, não serão aqui discutidas por fugirem ao escopo deste estudo.

²⁰ Esta lei acrescentou ao Estatuto da Criança e do Adolescente o conceito de família extensa seguinte: “ECA, Art. 25 (...) Parágrafo único: Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.” (BRASIL, 1990b).

²¹ Lei 11.340/2006, Art. 5º (...) II: Família é a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa (BRASIL, 2006).

²² Lei 14.344/2022, Art. 2º Configura violência doméstica e familiar contra a criança e o adolescente qualquer ação ou omissão que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual, psicológico ou dano patrimonial: (...) II -

A mudança de paradigma no conceito de família, que a tornou mais democrática, inclusiva e igualitária, teve reflexos também no modelo e no modo de interpretação de outros institutos jurídicos a ela relacionados. Dentre eles, para os fins propostos nesta pesquisa, será discutido, na próxima seção, o instituto da guarda dos filhos.

2.2 PODER FAMILIAR E GUARDA DOS FILHOS

O instituto da guarda dos filhos tem como pressuposto o poder familiar, também denominado de autoridade parental. Por essa razão, antes de discorrer sobre o primeiro, serão expostos os principais pontos relacionados ao segundo.

Em primeiro lugar, é necessário pontuar que o poder familiar foi fortemente impactado pela CRFB/88. Esta, foi a responsável por reconhecer, pela primeira vez na história constitucional brasileira, a igualdade entre homens e mulheres como um direito fundamental²³ (PIOVESAN, 2011). Tal reconhecimento teve reflexos nos direitos e deveres relacionados à sociedade conjugal, que até então era hierarquizada, abolindo a figura do pátrio poder, a qual conferia ao marido o poder de decisão e administração das questões relacionadas à família (RAMOS, 2020).

A partir do princípio da igualdade entre cônjuges ou companheiros, instituiu-se a igualdade na chefia familiar, a ser exercida pelas duas partes da relação em um regime democrático de colaboração, atribuindo-lhe o nome de poder familiar (TARTUCE, 2020).

Hellen Cristina do Lago Ramos (2020) destaca que tal poder deve ser exercido observando-se o princípio do superior interesse da criança e do adolescente, que condiciona todas as questões relacionadas aos filhos. Na mesma linha, Flavio Tartuce (2020) entende que, com a nova ordem constitucional, o viés democrático da família estende-se inclusive aos filhos, que passam a possuir o direito de opinar.

Sendo assim, Maria Berenice Dias (2021) tece críticas à nomenclatura “poder familiar”: embora tenha se atentado em substituir o vocábulo “pátrio” por “familiar”, ressaltando a isonomia entre homens e mulheres, manteve o uso da palavra “poder”, a qual seria problemática. A autora explica que se trata muito mais de um dever parental, um encargo legalmente atribuído, do que um poder. Complementa que a denominação “autoridade parental” – ou mesmo “responsabilidade parental” – melhor reflete a incorporação da doutrina da proteção integral às crianças e

no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que compõem a família natural, ampliada ou substituta, por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; (BRASIL, 2022)

²³ CRFB/88: Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; (...) (BRASIL, 1988).

adolescentes, pois tais expressões destacam que “o interesse dos pais está condicionado ao interesse do filho, de quem deve ser haurida a legitimidade que fundamenta a autoridade.” (DIAS, 2021, p. 305).

No que diz respeito à sua definição, o poder familiar²⁴ “corresponde aos deveres e aos direitos dos genitores em relação aos filhos menores, a fim de proporcionar-lhes o desenvolvimento de suas personalidades, bem como o gozo dos direitos fundamentais de que são titulares.” (RAMOS, 2020, p. 225). O poder familiar tem como características a irrenunciabilidade, a intransferibilidade, a inalienabilidade e a imprescritibilidade (DIAS, 2021). As obrigações derivadas do poder familiar têm caráter personalíssimo, sendo que os deveres dos pais em relação aos filhos constam do art. 1.634, do Código Civil de 2002.

Além disso, cumpre ressaltar que o poder familiar decorre tanto da filiação legal quanto da socioafetiva, de modo que os indivíduos, desde o nascimento até os 18 (dezoito) anos – desde que não emancipados – estão sujeitos ao poder familiar a ser exercido pelos pais de modo igualitário (DIAS, 2021). Nesse sentido, o art. 1.631, do CC/2002, prevê que o poder familiar somente será exercido com exclusividade por um dos pais nas hipóteses de falta ou impedimento do outro. De modo complementar, prevê o art. 1632, do referido diploma, que os pais separados poderão exercer o poder familiar mesmo que o filho fique sob a guarda do outro, assegurando-se o direito de visitas ao pai ou à mãe que não detém a guarda do filho.

O titular do poder familiar poderá perdê-lo ou ter seu exercício suspenso nas hipóteses previstas em lei. Segundo Maria Berenice Dias (2021), a suspensão e a destituição do poder familiar constituem sanções aplicadas aos genitores por infração aos deveres que lhes são inerentes, cujo caráter não é punitivo aos pais e sim protetor aos filhos, visando preservar o interesse destes. O art. 1.637, do Código Civil de 2002, traz as hipóteses de suspensão do poder familiar, enquanto o artigo subsequente traz as hipóteses de perdimento (BRASIL, 2002):

CC/2002: Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

²⁴ A despeito das críticas, esta será a nomenclatura utilizada, na medida em que é adotada legalmente e foi utilizada como termo de busca no *site* do Superior Tribunal e Justiça para a localização dos julgados analisados nesta pesquisa.

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I - castigar imoderadamente o filho; II - deixar o filho em abandono; III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente. V - entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017)

Parágrafo único. Perderá também por ato judicial o poder familiar aquele que: (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018) I – praticar contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar: (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018) a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher; (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018) b) estupro ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão; (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018) II – praticar contra filho, filha ou outro descendente: (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018) a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher; (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018) b) estupro, estupro de vulnerável ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão. (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018)

Além disso, o Estatuto da Criança e do Adolescente, após modificação feita pela Lei 13.715/2018 – a mesma lei que inclui o parágrafo único ao art. 1.638, do CC/2002, conforme supramencionado – passou a prever a seguinte hipótese de perda do poder familiar, com a nova redação dada ao §2º, do art. 23 (BRASIL, 1990b):

ECA, Art. 23 (...) § 2º: A condenação criminal do pai ou da mãe não implicará a destituição do poder familiar, exceto na hipótese de condenação por crime doloso sujeito à pena de reclusão contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar ou contra filho, filha ou outro descendente. (Redação dada pela Lei nº 13.715, de 2018)

Havendo a destituição do poder familiar, o genitor não terá mais legitimidade para participar de demanda que diga respeito à criança ou adolescente (DIAS, 2021). É preciso destacar que a perda do poder familiar não retira dos pais o dever de alimentos, na medida em que tal consequência “seria premiar quem faltou com seus deveres.” (DIAS, 2021, p. 315). A obrigação de prestar alimentos é unilateral, intransmissível e decorre da condição de filho, independentemente de haver o poder familiar (DIAS, 2021). Igualmente, a perda do poder familiar não rompe o vínculo de parentesco. No direito sucessório, na visão de Maria Berenice Dias (2021), o genitor que teve seu poder familiar destituído não tem direito em relação aos filhos; contudo, os filhos continuam tendo direito à herança do pai ou da mãe que teve o poder familiar destituído.

Expostos os principais pontos sobre o poder familiar, cabe agora discutir o instituto da guarda dos filhos. Conforme já discutido, tanto a titularidade quanto o

exercício do poder familiar são exercidos com igualdade por ambos os pais, sendo que a proteção conferida aos filhos por meio deste conjunto de direitos e deveres é plenamente desvinculada da espécie de relação entre os genitores (DIAS, 2021). O Código Civil é explícito ao prever que o rompimento de eventual vínculo de convívio entre os genitores em nada afeta o exercício do poder familiar de cada um (art. 1.579).

Hellen Cristina do Lago Ramos (2020) explica que o direito à convivência entre pais e filhos é recíproco – isto, ambos são titulares do mesmo direito –, sendo que, no direito brasileiro, a convivência familiar é denominada “guarda”. Em outras palavras, o instituto da guarda dos filhos visa regular o direito de convivência familiar quando os pais estejam separados. A autora destaca o fato que a guarda estabelecida pelo Código Civil não se confunde com aquela disciplinada pelo ECA, na medida em que esta última é uma modalidade de colocação a criança e do adolescente em família substituta, que pressupõe a suspensão ou perda do poder familiar pelos genitores.

O CC/2002 regula a guarda dos filhos nos arts. 1.583 e 1.584, sendo que a redação destes foi substancialmente alterada, inicialmente, pela Lei 11.698/2008, a qual teve por objetivo ampliar o sistema de proteção aos filhos para assegurar a observância do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente na fixação da guarda (TARTUCE, 2020). Segundo tais dispositivos, a regra é a guarda compartilhada. Isso, porque, o art. 1.584, §2º, estabelece que a guarda compartilhada será fixada quando não houver acordo entre os genitores quanto ao regime, desde que ambos estejam aptos a exercer o poder familiar e desejem obter a guarda. Ressalta-se, porém, o disposto no art. 1.586, do mesmo diploma, o qual estipula que, nos casos em que houver motivos graves, o juiz poderá regular a guarda de maneira diversa, pautando-se pelo melhor interesse das crianças e adolescentes.

Há, então, duas espécies de guarda no Código Civil de 2002: unilateral e compartilhada. A guarda unilateral pode ser definida como aquela atribuída a um dos genitores – ou alguém que o substitua – sendo garantido ao outro, que não a detém, o direito de visitas (art. 1589, do CC/2002). Tal modalidade não exclui o direito daquele que não a detém de supervisionar os interesses dos filhos, podendo solicitar informações ou pedir a prestação de contas. A unilateralidade da guarda é posta como exceção, de modo que o Código Civil de 2002 prevê três hipóteses de sua aplicação: o consenso dos genitores quanto a escolha dessa modalidade (art. 1.584, inciso I, do CC/2002); o desinteresse, declarado em juízo, de um dos genitores pela guarda dos filhos (art. 1.584, §2º, do CC/2002); e a demonstração de inaptidão de um dos genitores para a guarda compartilhada (art. 1.584, § 2º, do CC/2002).

A guarda compartilhada pode ser entendida como a responsabilização conjunta dos direitos e deveres dos pais – que não vivam sob o mesmo teto – em relação aos

filhos comuns (art. 1.583, § 1º, do CC/2002) (TARTUCE, 2020). Nesse modelo, não se fala em direito de visitas, mas de tempo de convívio, o qual será dividido de forma equilibrada, devendo-se observar as condições fáticas e os interesse dos filhos (art. 1.583, §2º, do CC/2002). Sobre a divisão do tempo, Hellen Cristina do Lago Ramos (2020, p. 231) explica que “tempo de convívio não será igualitário, mas sim equilibrado, até mesmo porque a criança ou o adolescente terá uma residência fixa no lar de um dos genitores, o que por si só já inviabilizaria a igual divisão do tempo de convívio”.

É importante destacar que, após a vigência da 13.058/2014, a guarda compartilhada tornou-se o regime obrigatório. Sobre o assunto, Flavio Tartuce (2020, p. 1248) explica que a “obrigatoriedade fica clara pelo fato de que o afastamento da guarda compartilhada – ou alternada – deve ser motivado, cabendo ao juiz da causa analisar a questão sempre sob a perspectiva do princípio do maior interesse da criança ou do adolescente”.

Para Hellen Cristina do Lago Ramos (2020), embora a guarda compartilhada tenha recebido prioridade legal, o melhor interesse da criança e do adolescente deve sempre nortear o estabelecimento do regime de guarda, de modo que as peculiaridades do caso concreto devem ser consideradas. Nesse sentido, explica a autora, a depender do contexto de litigiosidade entre os genitores, a guarda compartilhada poderá se revelar inviável de ser aplicada na prática.

Conforme explicado na introdução, este é o ponto central deste estudo. Com esta pesquisa, pretende-se compreender a construção argumentativa dos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça sobre o que significa o melhor interesse da criança, observando se há a tendência de flexibilizar – ou não – a regra da guarda compartilhada quando há elevado grau de animosidade entre os genitores em decorrência de supostos episódios de violência doméstica e intrafamiliar. A análise dos acórdãos será realizada no capítulo 4 deste estudo. Antes, porém, serão feitas considerações sobre as leis que visam coibir a violência nas relações familiares.

3 VIOLÊNCIA NAS RELAÇÕES FAMILIARES

O art. 226 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu parágrafo 8º, estabelece que o Estado prestará assistência a cada um dos integrantes que compõe a família, criando, para tanto, mecanismos capazes de inibir e cessar a violência nestas relações. Para dar cumprimento a esse preceito constitucional, em 2006, foi criada a Lei nº 11.340 – denominada como Lei Maria da Penha – que tem por finalidade coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra as mulheres, assegurando sua integridade física, psíquica, sexual, moral e patrimonial. A Lei 14.334, popularmente conhecida como Lei Henry Borel, também pode ser lida na mesma

chave, uma vez que visa criar mecanismos para aumentar a proteção a outros membros vulneráveis da família: os filhos.

Sendo assim, este capítulo tem por objetivo explicar o conteúdo de cada um destes diplomas para possibilitar a discussão, no próximo capítulo, sobre os reflexos que trouxeram para o campo do Direito das Famílias, em especial, para o instituto da guarda.

3.1 LEI 11.340/2006: VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E INTRAFAMILIAR CONTRA A MULHER

Assim como os direitos das crianças e adolescentes, conforme discutido no capítulo 1 desta pesquisa, os direitos das mulheres, inicialmente, avançaram mais rapidamente em âmbito internacional do que na legislação doméstica. A pauta ganhou especial destaque no ano de 1975, eleito como o Ano Internacional da Mulher. Nesta ocasião, foi realizada, no México, a primeira Conferência Mundial sobre a situação jurídica e social das mulheres, convocada pela Comissão de Status da Mulher das Nações Unidas (BANDEIRA; ALMEIDA, 2015).

De acordo com Lourdes Bandeira e Tânia de Almeida (2015, p. 502), referida Conferência teve o importante papel de tornar, definitivamente, os direitos das mulheres como uma preocupação global. Nesta ocasião, segundo as autoras, a igualdade entre homens e mulheres – já prevista na Carta das Nações Unidas, de 1945 – foi reforçada e foram criadas metas envolvendo a garantia do acesso equitativo das mulheres à educação e ao emprego; da participação política; aos serviços de saúde; da habitação; da alimentação; e do direito de planejamento familiar.

O cenário internacional foi especialmente relevante na década de 1990, acumulando importantes avanços na compreensão do fenômeno da violência e fortalecendo a luta por direitos no plano interno. Em 1992, por meio da Recomendação Geral nº 19, do Comitê da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW)²⁵, a violência contra as mulheres passou a ser descrita como uma grave forma de discriminação. No ano seguinte, na Conferência Mundial de Direitos Humanos, em Viena, esse fenômeno passou a ser entendido como uma violação aos direitos humanos das mulheres (BARSTED, 2011; PIOVESAN; PIMENTEL, 2011). Tais eventos marcaram o ponto de virada no reconhecimento dos direitos das mulheres e na percepção de que há

²⁵ A Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, elaborada pela ONU, foi adotada em 1979. O Brasil a ratificou em 1984, mas com uma série de reservas, especialmente quanto à igualdade de direitos entre homens e mulheres no âmbito do casamento e relações familiares. Somente em 1994 é que o Estado brasileiro retirou suas reservas aos termos da Convenção, adotando-a integralmente (PIOVESAN; PIMENTEL, 2011).

responsabilidade dos Estados em dar respostas institucionais a essa questão (GARCÍA, 2016).

A Convenção Para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra as Mulheres (“Convenção de Belém do Pará”) (1994) foi o primeiro tratado internacional a abordar especificamente a violência de gênero²⁶, reconhecendo seu caráter generalizado e seu alcance público e privado. Seguindo a tendência de reconhecimento da responsabilidade estatal, a Convenção elencou importante catálogo de direitos às mulheres e deveres aos Estados-parte, a fim de assegurar a adoção de políticas públicas destinadas a garantir uma vida livre de violência (BANDEIRA; ALMEIDA, 2015; PIOVESAN; PIMENTEL, 2011).

No Brasil, a estratégia de criação de garantias formais às mulheres, pela via legislativa, ganhou forças no cenário de redemocratização, culminando no processo de elaboração e aprovação da Lei 11.340/2006 – Lei Maria da Penha (LMP) (CAMPOS, 2011). Uma das leis nacionais mais conhecidas pelo povo brasileiro, teve como efeito o aprofundamento do debate público sobre violência contra as mulheres e sobre as limitações do exercício da cidadania pelas mulheres (BARSTED, 2011).

Prestigiada internacionalmente por seu caráter inovador, a Lei Maria da Penha define uma política nacional de promoção da equidade de gênero e redução das vulnerabilidades sociais das mulheres (PASINATO, 2015). A Lei Maria da Penha tem por objetivo conferir uma abordagem integral para o enfrentamento da violência (PASINATO, 2010). Significa dizer que a LMP prevê que se ofereça uma resposta à mulher em situação de violência para além do âmbito meramente penal, preocupando-se em reparar os efeitos da violência em todas as esferas da vida da mulher, seja envolvendo outras questões jurídicas – como divórcio e pensão – ou questões de saúde, assistência social, dentre outras.

Em suas disposições preliminares, a LMP estabeleceu o dever do Estado de resguardar todas as mulheres de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Conforme já abordado no capítulo 2 desta pesquisa, o art. 5º, inciso II, traz uma definição legal para o conceito de família. No art. 7º, a LMP traz um rol exemplificativo das formas de violência, sendo elas: física, psicológica, sexual, patrimonial e moral. De acordo com Wania Pasinato (2015b), esse dispositivo amplia o significado de violência, ao abranger um amplo conjunto de comportamentos e ações que extrapolam o que se encontra previsto no Código

²⁶ Segundo a Convenção, é denominado violência de gênero todo ato que é dirigido contra uma mulher ou que a afete desproporcionalmente, em razão de sua condição de mulher; essa violência é entendida como reflexo das relações de poder historicamente desiguais e assimétricas entre homens e mulheres (PIOVESAN; PIMENTEL, 2011).

Penal. Sendo assim, a autora defende que o dispositivo reforça a ideia da violência enquanto um fenômeno complexo e multidimensional.

Conjuntamente ao conceito expandido da violência, a LMP impõe uma abordagem integral do atendimento. Esta, por sua vez, se baseia na ideia de que nenhuma instituição, isoladamente, é capaz de fornecer o auxílio adequado às mulheres em situação de violência. Desse modo, a implementação da lei exige a formulação de respostas pautadas na intersetorialidade a fim de promover a adequada interação entre os serviços nas áreas de segurança, saúde, e assistências social, jurídica, entre outras.

3.2 LEI 14.344/2022: VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E INTRAFAMILIAR CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Antes da criação da recente Lei nº 14.344/2022, na última década, outras leis tiveram por objetivo modificar o ordenamento jurídico a fim de conferir mais proteção às crianças e adolescentes, à luz do que determinada a CRFB/88 e o Estatuto da Criança e do Adolescente. Nesse aspecto, duas leis possuem especial repercussão e relevância. São elas: a Lei nº 13.010/2014 e a Lei nº 13.715/2018.

A primeira visa coibir a violência por parte de quem tem o dever legal de proteger, cuidar e educar (DIAS, 2021). Também conhecida como Lei Menino Bernardo, a lei homenageia o garoto Bernardo Uglione Boldrini, de apenas 11 (onze) anos, que não recebeu a proteção a qual tinha direito e acabou sendo morto por seu pai e sua madrasta, após sucessivos episódios de maus-tratos (VALENCIANO; FALCHI; CARNEIRO, 2021).

Referida lei acrescentou 3 (três) novos artigos ao ECA – arts. 18-A, 18-B e 70-A – com a finalidade de prever, expressamente, que as crianças e adolescentes têm o direito de ser educados e cuidados sem o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante, como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto. Na visão de Maria Berenice Dias, o grande mérito da lei foi ter acabado com a permissão de os pais castigarem os filhos, ainda que moderadamente. Contudo, em razão de não ter adotado medidas coercitivas para que os infratores cessem suas condutas, entende-se que a lei assumiu um caráter mais pedagógico e programático.

A Lei nº 13.715/2018 inseriu modificações no Código Penal, no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente a fim de determinar a perda do poder familiar pelo autor de determinados crimes contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar ou contra filho, filha ou outro descendente. Antes de tais alterações, a prática de violência doméstica e intrafamiliar – principalmente àquela ocorrida entre os pais – não era uma causa explícita para a perda do poder familiar. Sendo assim, é possível afirmar que referida lei está alinhada à doutrina da proteção

integral das crianças e adolescentes e representa um avanço em direção à construção de famílias pautadas pelo respeito e pelo afeto, uma vez que reconhece que episódios de violência doméstica são prejudiciais para o próprio desenvolvimento das crianças e adolescentes, mesmo que não sejam praticados, literalmente, contra eles.

Em 2022, foi criada a Lei nº 14.344, a qual, apesar de não possui tal nomenclatura na ementa, vem sendo chamada de Lei Henry Borel, em homenagem ao menino de 4 (quatro) anos que foi morto, supostamente²⁷, em decorrência de maus tratos praticados por sua mãe e seu padrasto. Mais do que prever modificações em outros diplomas – conforme se propuseram as duas leis tratadas acima – referida lei amplia o microsistema de proteção integral às crianças e adolescentes, abrangendo mecanismos de prevenção, assistência e repressão à violência que não se limitam a aspectos jurídicos.

Nesse sentido, em termos de conteúdo e estrutura, pode-se dizer que o novel diploma tem forte inspiração na Lei Maria da Penha, sendo que as disposições desta última e do ECA devem ser aplicadas aos procedimentos previstos na Lei nº 14.344/2022, em caráter subsidiário.

A redação do art. 2º da Lei nº 14.344/2022 é bastante semelhante àquela disposta no artigo 5º da LMP, sendo que ambas trazem a definição de “violência doméstica e familiar”. Embora a redação não seja idêntica, não é possível afirmar que a nova lei tenha inovado conceitualmente em relação à LMP. Igualmente, a Lei nº 14.344/2022 traz a previsão expressa de que a violação dos direitos das crianças e dos adolescentes constitui uma violação de direitos humanos (art. 3º).

Também, a Lei nº 14.344/2022 traz disposições sobre a assistência à criança e ao adolescente em situação de violência doméstica e familiar, prevendo medidas integradas entre os serviços jurídicos, de assistência social e de saúde. Ainda, tal qual a lei de 2006, a Lei nº 14.344/2022 dá especial atenção ao papel da autoridade policial no atendimento das vítimas de violência e prevê Medidas Protetivas de Urgência, tanto para obrigar o agressor quanto para proteger a vítima. A novel Lei nº 14.344/2022 conta com aproximadamente 1 (um) ano de vigência, de modo que suas repercussões na cultura jurídica ainda devem ser observadas.

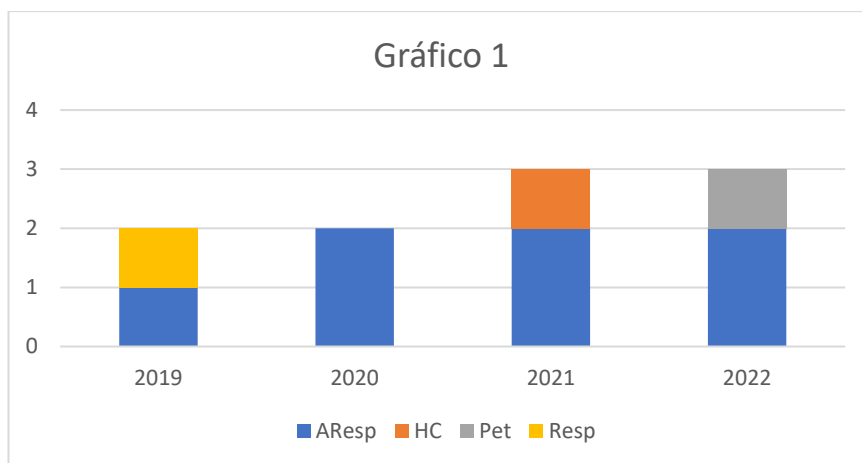
4 O QUE DIZ O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA?

Conforme explicado na introdução, esta pesquisa adotou o método de análise de jurisprudência para investigar como decide o Superior Tribunal de Justiça ao enfrentar casos envolvendo a disputa de guarda dos filhos em famílias com histórico de violência doméstica e intrafamiliar. A partir dos recortes metodológicos utilizados,

²⁷ O caso ainda não foi definitivamente julgado, sendo que tanto a mãe quanto o padrasto de Henry estão presos preventivamente. Disponível em: <https://g1.globo.com/tudo-sobre/henry-borel/>. Acesso em: 26 jul. 22.

esta pesquisa chegou a um total de 10 (dez) decisões monocráticas sobre o tema²⁸. Neste capítulo, serão discutidos os resultados da análise de tais julgados.

Antes de analisar o conteúdo do julgado, é importante apresentar algumas características do material sob exame. Dentre os 10 (dez) julgados, 7 (sete) são decisões de agravo em recurso especial (AResp), e as outras três decisões dizem respeito a um recurso especial (Resp), um recurso ordinário autuado como petição (Pet), e um *habeas corpus* (HC). Embora o recorte temporal aplicado abarcasse o período de 23 de dezembro de 2014 a 22 de julho de 2022, todas as 10 (dez) decisões selecionadas foram proferidas entre 2019 e 2022. O gráfico abaixo ilustra tais resultados:

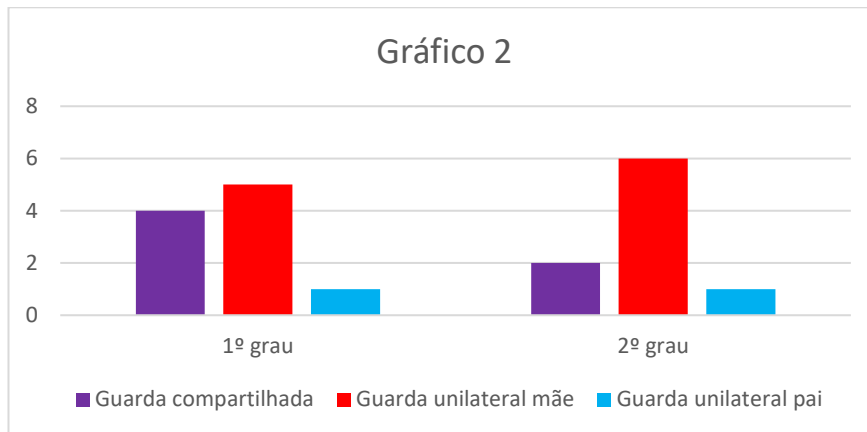


Fonte: elaboração própria

No que se refere às características fáticas dos casos analisados, em metade deles a sentença recorrida havia determinado guarda unilateral em favor da mãe, em 4 (quatro) casos a sentença estipulou, inicialmente, a guarda compartilhada e em 1 (um) caso, a guarda unilateral foi estipulada em favor do pai na sentença. Em segundo grau de jurisdição, apenas uma²⁹ sentença foi reformada, alterando o regime de guarda compartilhada para a guarda unilateral da mãe. Sendo assim, é possível concluir que, tomando por base os casos analisados, a tendência é de manutenção do *status quo*. Tais dados também foram ilustrados no gráfico a seguir:

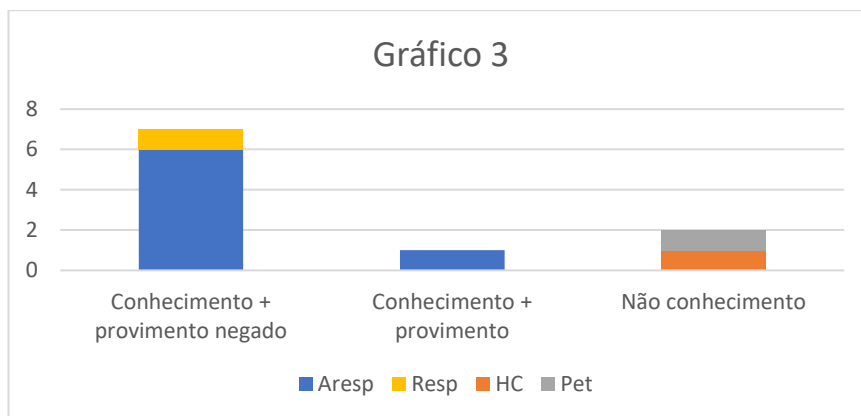
²⁸ No apêndice 1, há uma tabela com as informações principais dos 10 (dez) casos.

²⁹ Em um dos casos analisados (HC 709951), não há acórdão proferido em segundo grau de jurisdição.



Fonte: elaboração própria

Quanto ao teor das decisões, primeiro será exposto um quadro geral sobre o conhecimento e provimento dos recursos. Assim, em 7 (sete) casos, o STJ conheceu o recurso, porém negou provimento em razão da incidência da Súmula n. 7³⁰; em 2 (dois) casos, decidiu pelo não conhecimento do recurso, por ser notória a inadequação da via eleita nos casos analisados; em 1 (um) caso, decidiu pelo conhecimento do recurso e seu provimento, sendo este o único caso em que foi alterado o regime de guarda, mudando de compartilhada (estabelecido tanto na sentença quanto no acórdão) para a guarda unilateral da mãe. Abaixo, um terceiro gráfico organiza os resultados em comento:



Fonte: elaboração própria

Nesse ponto, é importante destacar a fundamentação utilizada para aplicar a Súmula n. 7. Segundo o STJ, os tribunais estaduais em questão estabeleceram a guarda dos filhos, em cada caso, com base no conjunto fático-probatório e nas peculiaridades da situação em concreto. Isso, porque, em todos os graus de jurisdição nos casos em análise, os julgadores argumentam que, embora a guarda compartilhada seja a regra, as peculiaridades do caso concreto devem ser sempre

³⁰ Súmula n. 7/STJ: A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

observadas a fim de estabelecer se tal regra deve permanecer ou ser mitigada, à luz do melhor interesse da criança e do adolescente. Em todos os casos, os episódios de violência doméstica experienciados no âmbito familiar foram tratados como circunstância excepcional a ser valorada para a flexibilização, ou não, da regra da guarda compartilhada.

Por essa construção, o STJ, nos 7 (sete) referidos casos, entendeu que a mudança do regime estabelecido para a guarda dos filhos demandaria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, providência que não pôde ser levada a efeito em razão do óbice contido na Súmula nº 7. Ressalta-se, porém, que em tais decisões, foi possível ter contato com a argumentação dos Tribunais estaduais sobre a estipulação da guarda, a qual será aqui reconstruída. Destaca-se, inicialmente, que dentre os casos analisados, 2 (dois) tinham como Tribunal de origem o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul (TJMS); 2 (dois), o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT); 1 (um), o Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR); 1 (um), o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP); e 1 (um) o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ).

Dentre os 7 (sete) casos, apenas 1³¹ (um) teve a guarda compartilhada estipulada tanto na sentença como no acórdão. Conforme já explicado, o STJ negou provimento ao recurso, aplicando a Súmula nº 7, de modo que o acórdão não foi reformado. Neste caso concreto, embora tenha sido estipulada a guarda compartilhada, tanto a mãe quanto o pai pleiteavam para si a guarda unilateral da filha em comum. A guarda compartilhada foi estabelecida pelo TJDFT como sendo a mais adequada ao bem-estar da criança, sob a argumentação de que os episódios de violência praticados pelo pai contra a mãe não caracterizariam motivo grave e excepcional capaz de autorizar a guarda unilateral, uma vez que a violência não foi praticada contra a filha e que a separação do casal teria o condão de pôr fim aos episódios de violência. O Ministério Público manifestou-se pela guarda compartilhada. Abaixo, reproduz-se trecho da argumentação acórdão em comento, citado pelo AREsp 1912700 (p. 02):

Consoante já pontuado nos autos, não se desconhece as ocorrências policiais e os procedimentos criminais em razão de violência doméstica e familiar, inclusive com deferimento de medidas protetivas para afastamento do requerido, o que mitigou o contato entre os envolvidos (id. 40690500). Todavia, ainda que haja encaminhamento pretérito da menor para acompanhamento psicológico (id. 40689952), os fatos que atingiram o casal enquanto juntos não se transferem aos filhos, de modo que, com a separação deles, restam superados os narrados episódios.

Em outro caso – AREsp 1915104 – a sentença havia decidido pela guarda compartilhada, mas foi reformada em 2ª instância, determinando-se a guarda unilateral em favor da mãe. Mais uma vez, destaca-se que o STJ negou provimento

³¹ Trata-se do AREsp 1912700.

ao recurso, aplicando a Súmula nº 7, de modo que o acórdão não foi reformado. Neste caso, tanto o pai quanto a mãe apelaram com a finalidade de pleitear para si a guarda unilateral da criança. O TJRJ entendeu que o “comportamento beligerante” das partes – que abrange uma condenação criminal do pai por lesão corporal praticada contra a mãe – impossibilitaria a guarda compartilhada, a qual demanda, na visão do tribunal, um bom entendimento entre as partes. O Ministério Público havia se manifestado pelo deferimento de guarda unilateral para a mãe, em razão da violência praticada pelo pai.

Nesse sentido, além de levar em consideração o histórico violento do pai contra a mãe, o TJRJ também decidiu pela guarda unilateral em favor da mãe porque a criança, que já vivia em sua companhia, estaria adaptada à rotina e estaria recebendo todos os cuidados necessários por parte da mãe, de modo que a mudança poderia influenciar negativamente no desenvolvimento da criança. Um terceiro fator que influenciou a decisão pela guarda unilateral, neste caso específico, foi o fato de haver grande distância geográfica entre a residência da mãe (Rio Grande do Sul) e do pai (Rio de Janeiro), o que, na visão do TJRJ, inviabilizaria a guarda compartilhada. Ademais, o tribunal estabeleceu que, a despeito da guarda unilateral, há o direito de visita do pai, a fim de possibilitar a convivência com a criança.

Nos outros 5 (cinco) casos, a sentença de 1º grau estabeleceu a guarda unilateral – 4 (quatro) em favor da mãe e 1 (uma) em favor do pai – e o acórdão manteve tal decisão. Ressalta-se, novamente, que o STJ negou provimento aos recursos, aplicando a Súmula nº 7, de modo que os acórdãos não foram reformados. A situação fática dos 4 (quatro) casos³² em que a guarda unilateral foi concedida em favor da mãe guardam grande semelhança entre si. Em todos os casos havia registro de episódios de violência praticada pelo pai contra a mãe e havia medidas protetivas e urgência em desfavor do pai, embora houvesse variação quanto ao tipo de violência sofrida (ameaça ou lesão corporal) e quanto à fase de apuração do crime (inquérito policial, processo em andamento ou trânsito em julgado da condenação). Em todos os 4 (quatro) casos, o pai pleiteou guarda compartilhada, e a mãe, a guarda unilateral. Além disso, em todos eles, o Ministério Público manifestou-se pela não concessão da guarda compartilhada.

Em 3 (três) dos 4 (quatro) casos em questão, a violência praticada pelo pai contra a mãe não foi apontada como um motivo de risco para os filhos. Porém, os episódios de violência foram vistos como um impedimento da boa relação entre pai e mãe, que, por sua vez, teria como reflexo a “evidente animosidade” ou “falta de diálogo harmônico” ou “falta de convivência civilizada”, e o consequente impedimento do exercício da guarda compartilhada. No caso do AREsp 1702588, contudo, o TJPR considerou que o comportamento de violência do pai tem influência no modo como

³² AREsp 1702588, AREsp 1556631, AREsp 2049665 e REsp 1808964.

ele exerce sua parentalidade. Abaixo, destaca-se o seguinte trecho do acórdão, mencionado na decisão do STJ (p. 09):

A beligerância no campo da conjugalidade acaba afluindo no campo da parentalidade. Veja-se que a decisão é clara quanto ao afastamento da guarda compartilhada não pela exclusiva beligerância entre os genitores do menor, mas em atenção ao comportamento violento do genitor no âmbito doméstico, com [sic] ressentido condenação criminal, inclusive.

O único caso de guarda unilateral em favor do pai – AREsp 1693627 – merece ser trabalhado em separado em razão de suas peculiaridades. Neste caso em concreto, o pai já estava com a guarda fática dos filhos desde o término do convívio entre o casal, somando aproximadamente três anos, sendo que tal situação não teria sido contestada por um longo período pela mãe. A manutenção da rotina das crianças foi, então, um primeiro argumento utilizado para dar preferência à guarda unilateral ao pai. Ainda, há a peculiaridade de haver acusações recíprocas neste caso: além de acusações, por parte da mãe, de que o pai das crianças teria sido violento com ela, o pai a acusa de ter maltratado os filhos e tê-los negligenciado. Sobre tal situação, o TJMS se manifestou da seguinte forma (p. 04):

Os fatos imputados pela genitora ao genitor (violência doméstica), apesar de serem acusações graves, foram, em tese, praticados contra a agravante, e não contra os filhos. Por outro lado, os fatos imputados pelo agravado em desfavor da agravante/genitora (abandono de incapaz e maus tratos), mostram-se, nesta circunstância, igualmente graves e relacionados com os cuidados dos filhos menores. Assim, apesar das acusações ainda estarem em fase circunstancial, a manutenção do estado em que as crianças se encontram, desde 10/2017, merece ter preferência.

O AREsp 1951119 foi o único caso conhecido e provido pelo STJ. Na situação em concreto, tanto a sentença quanto o acórdão do TJES haviam determinado a guarda compartilhada, sendo que a mãe pleiteava a guarda unilateral para si e o pai pleiteava a guarda compartilhada. A guarda unilateral era pleiteada sob o argumento de que o pai da criança seria uma pessoa violenta, uma vez que havia agredido a mãe da criança, em via pública e em local próximo à saída da creche da criança, e que, uma vez processado pelo ocorrido, teria descumprido medidas protetivas deferidas contra ele. Contudo, o TJES entendeu que tal comportamento do pai não seria suficiente para mitigar a aplicação da guarda compartilhada, uma vez que esta é a regra para a estipulação da guarda.

O STJ, porém, discordou da solução dada ao caso pelo TJES, fundamentando a concessão de guarda unilateral em favor da mãe nos seguintes termos (p. 6-7):

Ao contrário do que consignado pela Corte estadual, a situação é certamente mais grave e delicada do que "a evidente animosidade entre as partes", não se podendo olvidar que a mãe do menor foi brutalmente agredida, de forma

covarde, por seu ex-marido na frente da creche do filho em comum, que também acaba sendo exposto em seu próprio ambiente escolar e colocado em situação de risco, sem contar no trauma psicológico gerado por eventos dessa natureza. **Embora a guarda compartilhada seja regra no ordenamento jurídico brasileiro, tal modelo deve ser evitado quando presentes "peculiaridades do caso concreto aptas a inviabilizar a sua implementação, porquanto às partes é concedida a possibilidade de demonstrar a existência de impedimento insuperável ao seu exercício" (REsp 1591161/SE, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 24/02/2017), como se verifica no caso ora em julgamento.** Não há situação minimamente razoável entre os pais a justificar a adoção da guarda compartilhada na hipótese dos autos. Pelo contrário, trata-se de situação excepcionalíssima - prisão em flagrante na creche da criança e sentença penal condenatória por lesão corporal - que elide qualquer presunção de que essa espécie de guarda seja a que melhor atenda aos superiores interesses do menor, cuja proteção integral deve ser assegurada. (grifo nosso)

Por fim, tanto o HC 709951 quanto a Pet 15149 não foram conhecidos pelo STJ, que considerou a via eleita inadequada. O HC tinha por finalidade pleitear a mudança da guarda compartilhada para a guarda unilateral do pai, com a realização de monitoramento da convivência materna. O fundamento para a mudança seria a prática de violência por parte da mãe contra filhos, que teria sido informada por estes ao pai e, após, devidamente registrada a ocorrência em uma Delegacia de Polícia especializada. Ocorre que o HC foi impetrado de decisão monocrática proferida por desembargados do TJMG, de modo que a análise do HC violaria o princípio da colegialidade. Soma-se a esse argumento, o fato de o direito pleiteado não versar sobre o direito de locomoção, de modo que o STJ decidiu ser notória a inadequação da via eleita.

Quanto à Pet 15149, trata-se de caso em que a mãe tem a guarda unilateral, proferida em sede de sentença e confirmada em 2º grau. Contudo, o pai interpôs recurso ordinário autuado como petição, a fim de obter a guarda compartilhada da criança. O pai alega que a mãe da criança teria se mudado da cidade em que residia e interrompido o tratamento médico da criança, que possui autismo. O STJ entende ser "incabível a interposição de recurso ordinário constitucional contra acórdão proferido em apelação, sendo o recurso especial meio próprio para o fim a que se destina, situação que afasta a aplicação do princípio da fungibilidade recursal" (p. 03).

Contudo, embora não tenha conhecido o recurso, a Corte se manifestou quanto à inexistência de risco à integridade da criança, uma vez que há, nos autos, a juntada do Estudo Social realizado pelo Setor Técnico Especializado da Vara da Infância e da Juventude da Comarca onde a filha reside com sua mãe, atestando que a criança tem todas as suas necessidades supridas e se sente feliz na presença da mãe. Além disso, tal estudo apontou que a mãe se mudou de cidade em razão de episódios de

violência praticados contra ela pelo pai da criança, de modo que a relação entre ambos é conflituosa. Nesse sentido, o estudo concluiu que a guarda unilateral em favor da mãe seria a mais adequada aos interesses da criança no caso em concreto.

A análise dos julgados permite concluir que o Superior Tribunal de Justiça, via de regra, entende que a disputa de guarda dos filhos envolvendo episódios de violência intrafamiliar entre os pais configura um dissenso apoiado em fatos e não na interpretação da lei. Isso, porque os dispositivos do Código Civil que versam sobre a estipulação da guarda precisam ser interpretados à luz do melhor interesse das crianças e adolescentes, de modo que as peculiaridades do caso concreto – neste caso, a violência intrafamiliar – devem ser levadas em consideração. Sendo assim, referida Corte tende a não se posicionar quanto ao mérito dos casos que chegam até ela, na medida em que a Súmula n. 7 impõe um óbice a tal análise.

Contudo, é possível afirmar que, pela amostra de casos que chegaram à apreciação do STJ, há uma tendência do Poder Judiciário em considerar episódios de violência doméstica nas relações conjugais incompatíveis com a guarda compartilhada dos filhos. Isto porque, de acordo com a argumentação mais frequentemente mobilizada, a existência de violência implica, na grande parte dos casos, em impossibilidade de comunicação saudável entre os pais. Este fato, por sua vez, impediria o funcionamento da guarda compartilhada, que se baseia nas ideias de cooperação e respeito recíprocos, a fim de tomar decisões sobre a vida dos filhos de forma harmônica e atender o melhor interesse da criança e do adolescente.

Ademais, observou-se que as decisões em comento se guiam pelo princípio do melhor interesse das crianças e adolescentes, tratando-os como sujeitos de direitos. Inclusive, a grande maioria embasou sua argumentação nos relatórios multidisciplinares que avaliavam as condições fáticas das crianças e adolescentes, considerando suas necessidades e sentimentos. Assim, é possível dizer que as decisões sobre a guarda dos filhos atendem aos preceitos constitucionais, que tem por objetivo assegurar o bem-estar da criança e do adolescente, e não buscam priorizar os desejos individuais dos pais em detrimentos dos filhos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O novo horizonte normativo instituído pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 proporcionou que grupos de indivíduos, até então marginalizados, tivessem assegurada uma série de direitos fundamentais. É o caso, por exemplo, das crianças e adolescentes, que passaram a ocupar posição prioritária e de especial proteção no ordenamento jurídico brasileiro, em razão do seu peculiar estado de pessoa em desenvolvimento. Nesse sentido, as mudanças constitucionais impuseram transformações na legislação infraconstitucional, sendo o Direito das Famílias um campo especialmente afetado.

Atendendo à necessidade de mudança estrutural, após a nova constituição, também foi promulgado um novo Código Civil, no ano de 2002. Referido diploma abandona a lógica patriarcal e patrimonialista, que imperava no Código Civil de 1916, e passa a adotar uma compreensão de família enquanto instituição democrática, inclusiva e igualitária. Após a entrada em vigor da Lei nº 13.058/2014, a guarda compartilhada – isto é, responsabilização conjunta dos direitos e deveres dos pais que não vivam sob o mesmo teto em relação aos filhos comuns – deve ser aplicada em regra, inclusive quando não houver concordância entre os pais quanto ao modelo de guarda a ser adotado. Nesse sentido, atualmente, a guarda unilateral é entendida como excepcional.

Igualmente, visando regulamentar o preceito constitucional insculpido no art. 226, §8º, da CRFB/88, o qual determina que a cada integrante da família seja assegurada proteção contra a violência intrafamiliar, foram criadas tanto a Lei nº 11.340/2006 quanto a Lei nº 14.344/2022. O microsistema de proteção aos membros da família mais vulneráveis – quais sejam, as mulheres e as crianças e adolescentes – reforça a necessidade prevenir e punir os casos de violência no seio familiar, além de conferir assistência àqueles que tenham vivenciado episódios violentos em tais relações. Nesse sentido, tais leis extrapolam um viés punitivista e se preocupam em conferir, também, outros direitos – relacionados a aspectos da vida regulados pelo direito civil, por exemplo – para as pessoas que estejam em situação de violência.

É neste contexto que esta pesquisa se propôs a responder a seguinte pergunta: na visão do Superior Tribunal de Justiça, há incompatibilidade entre episódios de violência doméstica e intrafamiliar, supostamente perpetrada por um dos detentores do poder familiar contra o outro, e a estipulação de regime compartilhado de guarda dos filhos? Para respondê-la, a pesquisa mobilizou o método de análise de jurisprudência, que consiste no exame de julgados a partir de recortes pré-determinados, com o intuito de responder a um questionamento específico.

Nesta pesquisa, adotou-se como recorte institucional o Superior Tribunal de Justiça. A delimitação do tema foram os julgados versando sobre a estipulação do regime de guarda dos filhos em casos nos quais, supostamente, houve episódios de violência doméstica e intrafamiliar. O recorte processual não foi adotado, tendo em vista que não se elegeu, *a priori*, um tipo específico de recurso para servir de objeto da análise. Por fim, o recorte temporal levou em consideração as importantes modificações advindas da Lei nº 13.058/2014, de modo que foram selecionados apenas os acórdãos proferidos após a entrada em vigor da referida lei até a data de 22 de julho de 2022.

Para a seleção dos julgados, esta pesquisa utilizou a ferramenta de buscas de jurisprudência do *site* do Superior Tribunal de Justiça a partir da combinação de duas

palavras chaves: “guarda compartilhada” e “violência doméstica”. A busca resultou, inicialmente, em 30 decisões monocráticas no total, não sendo localizado nenhum acórdão a partir de tais palavras-chave. Contudo, após a filtragem do material, o *corpus* empírico da pesquisa compôs-se de 10 (dez) julgados, os quais foram analisados.

No que se refere aos principais achados dessa pesquisa, é possível afirmar que o Superior Tribunal de Justiça, via de regra, entende que a disputa de guarda dos filhos envolvendo episódios de violência intrafamiliar entre os pais configura um dissenso apoiado em fatos e não na interpretação da lei. Isso, porque os dispositivos do Código Civil que versam sobre a estipulação da guarda precisam ser interpretados à luz do melhor interesse das crianças e adolescentes, de modo que as peculiaridades do caso concreto – neste caso, a violência intrafamiliar – devem ser levadas em consideração. Sendo assim, referida Corte tende a não se posicionar quanto ao mérito dos casos que chegam até ela, na medida em que a Súmula n. 7 impõe um óbice a tal análise.

Contudo, é possível afirmar que, pela amostra de casos que chegaram à apreciação do STJ, há uma tendência em considerar episódios de violência doméstica nas relações conjugais incompatíveis com a guarda compartilhada dos filhos. Isto porque, de acordo com a argumentação mais frequentemente mobilizada, a existência de violência implica, na grande parte dos casos, em impossibilidade de comunicação saudável entre os pais. Este fato, por sua vez, impediria o funcionamento da guarda compartilhada, que se baseia nas ideias de cooperação e respeito recíprocos, a fim de tomar decisões sobre a vida dos filhos de forma harmônica e atender o melhor interesse da criança e do adolescente.

Sugere-se que novos estudos continuem analisando a relação entre guarda compartilhada e violência doméstica e intrafamiliar. Primeiro, porque se trata de temática de grande repercussão na vida das pessoas, principalmente considerando o elevado número de casos de violência intrafamiliar no Brasil. Além disso, destaca-se que tanto a legislação concernente ao Direito das Famílias, quanto as leis de proteção contra a violência, são objeto, recorrentemente, de alteração via Poder Legislativo, de modo que o acompanhamento *perene* do assunto se mostra necessário. Nesse sentido, considera-se como interessante a realização de pesquisas que se proponham a analisar os julgados do tribunais de 2ª instância sobre o tema, uma vez que, em regra, são eles quem decidirão se há, ou não, incompatibilidade no caso concreto.

Por fim, entende-se que a presente pesquisa tem a potencialidade de contribuir para os debates sobre o Direito das Famílias, especialmente no que se refere ao instituto da guarda compartilhada, na medida em que colabora para identificação de como o Superior Tribunal de Justiça, e outras instâncias do Poder Judiciário, tem se

posicionado a respeito da compatibilidade do instituto com o histórico de violência intrafamiliar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da Proteção Integral. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. 4th ed. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Lumen Juris Ltda., 2010a. p. 11–17.

AMIN, Andréa Rodrigues. Princípios Orientadores do Direito da Criança e do Adolescente. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. 4th ed. Rio: Editora Lumen Juris Ltda., 2010b. p. 19–29.

BANDEIRA, Lourdes Maria; ALMEIDA, Tânia Mara Campos de. Vinte Anos da Conveção de Belém do Pará e a Lei Maria da Penha. **Estudos Feministas**, vol. 23, no. 2, p. 501–517, 2015. .

BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Direito da criança e do adolescente**. 3rd ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015. <https://doi.org/10.32361/2022140113625>.

BARSTED, Leila Linhares. Lei Maria da Penha: uma experiência bem-sucedida de advocacy feminista. **Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Lumen Juris Ltda, 2011. p. 13–64.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988.

BRASIL. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. 1990a.

BRASIL. Lei 14.344 de 24 de maio de 2022. Lei Henry Borel. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. 2002.

BRASIL. Lei nº 11.340. Lei Maria da Penha. 2006.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. 1990b.

CAMPOS, Carmen Hein de. **Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Lumen Juris Ltda, 2011.

CERQUEIRA, Daniel (Coord.). **Atlas da Violência**. Rio de Janeiro: IPEA/FBSP, 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 14th ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

GARCÍA, Helena Alviar. Violence against women as an economic issue: making sense of a fragmented field. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, vol. 3, no. 2, p. 53–72, 2016. .

IGREJA, Rebecca Lemos. O direito como objeto de estudo empírico. **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017. p. 11–38.

LOURENÇO, Daniel Braga. Conexões históricas entre a proteção humana e a tutela jurídica dos animais: os casos de Mary Ellen Wilson e Harry Berger. **Rjlb**, vol. 4, no. 6, p. 1659–1678, 2018. .

OEA. Convenção Americana dos Direitos Humanos. 1969. Available at: org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm.

ONU. Declaração Universal dos Direitos das Crianças. 1959. Available at: <https://crianca.mppr.mp.br/pagina-1069.html>.

PALMA, Juliana Bonacorsi de; FEFERBAUM, Marina; PINHEIRO, Victor Marcel. Meu trabalho precisa de jurisprudência? Como posso utilizá-la? **Metodologia da pesquisa em direito - técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses**. 2nd ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019. p. 118–137.

PASINATO, Wânia. Lei Maria da Penha: novas abordagens sobre velhas propostas. Onde avançamos? **Civitas - Revista de Ciências Sociais**, vol. 10, no. 2, p. 216–232, 2010. .

PASINATO, Wânia. Oito anos de Lei Maria da Penha. Entre avanços, obstáculos e desafios. **Revista Estudos Feministas**, vol. 23, no. 2, p. 533–545, 2015. <https://doi.org/10.1590/0104-026x2015v23n2p533>.

PIOVESAN, Flavia. Direitos humanos civis e políticos: a conquista da cidadania feminina. **O Progresso das Mulheres no Brasil 2003–2010**. Rio de Janeiro: CE, 2011. p. 58–88.

PIOVESAN, Flavia; PIMENTEL, Silvia. A Lei Maria da Penha na Perspectiva da Responsabilidade Internacional do Brasil. **Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Lumen Juris Ltda, 2011. p. 101–118.

RAMOS, Hellen Cristina do Lago. **Direito de Família - Coleção defensoria pública - ponto a ponto**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SEABRA, Gustavo Cives. **Manual de Direito da Criança e do Adolescente**. Belo

Horizonte: Editora CEI, 2020.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 10th ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

VALENCIANO, Dielles; FALCHI, Edna de; CARNEIRO, Rômulo Almeida. Poder familiar no contexto da Lei 13.010 de 2014. **REVISTA JURÍDICA DIREITO, SOCIEDADE E JUSTIÇA**, vol. 5, no. 7, 2021. .

VERONESE, Osmar; RÖPKE, Juliana Hanke. Infância: invenção ou descoberta? Aspectos jurídicos e históricos da evolução da proteção integral. **Prisma Jurídico**, vol. 16, no. 1, p. 96–121, 2017. .

APÊNDICE A – Informações sobre os julgados

Tipo	Min. Relator(a)	Data de publicação
REsp 1808964	Moura Ribeiro	08.08.19
AREsp 1556631	João Otávio De Noronha	03.10.19
AREsp 1693627	Nancy Andrighi	08.09.20
AREsp 1702588	Moura Ribeiro	06.10.20
AREsp 1912700	Maria Isabel Gallotti	04.11.21
AREsp 1951119	Luis Felipe Salomão	02.12.21
HC 709951 MG	Luis Felipe Salomão	07.12.21
AREsp 1915104	Antonio Carlos Ferreira	23.02.22
AREsp 2049665	Marco Aurélio Bellizze	03.05.22
Pet 15149	Raul Araújo	20.06.22

