

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE - UERN
CURSO DE DIREITO

JALLES FREITAS REVOREDO

**OS IMPACTOS JURÍDICO-SOCIAIS DAS MEDIDAS PROTETIVAS DA LEI
11.340/2006 (LEI MARIA DA PENHA) EM RELAÇÃO AOS FILHOS
MENORES DA VÍTIMA**

NATAL-RN

2016

JALLES FREITAS REVOREDO

**OS IMPACTOS JURÍDICO-SOCIAIS DAS MEDIDAS PROTETIVAS DA LEI
11.400/2006 (LEI MARIA DA PENHA) EM RELAÇÃO AOS FILHOS
MENORES DA VÍTIMA**

Trabalho de Curso, na modalidade monografia, apresentado ao Curso de Direito de Natal da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Mestra Cláudia Vechi Torres.

NATAL-RN

2016

**Catálogo da Publicação na Fonte.
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.**

Revoredo, Jalles Freitas

Os impactos jurídico-sociais das medidas protetivas da lei 11.340/2006 (lei maria da penha) em relação aos filhos menores da vítima. / Jalles Freitas Revoredo – Natal, RN, 2016.

64 F.

Orientador(a): Prof. Ms. Cláudia Vechi Torres.

Monografia (Bacharelado) Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. Curso de Direito.

1. Medidas protetivas. 2. Violência doméstica. 3. Lei Maria da Penha. I. Torres, Cláudia Vechi. II. Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. III. Título.

UERN/ BC

CDD 345

JALLES FREITAS REVOREDO

OS IMPACTOS JURÍDICO-SOCIAIS DAS MEDIDAS PROTETIVAS DA LEI
11.340/2006 (LEI MARIA DA PENHA) EM RELAÇÃO AOS FILHOS
MENORES DA VÍTIMA

Monografia apresentada à Universidade do
Estado do Rio Grande do Norte – UERN-
como requisito obrigatório para a obtenção
do título de bacharel em Direito.

APROVADO EM ____/____/2016.

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Orientadora Mestra Cláudia Vechi Torres.
Universidade Estadual do Rio Grande do Norte - UERN

Prof.^a Ma. Aurelia Carla Queiroga da Silva
Prof.^a. Examinadora - Membro 1

Prof.^o. Me. Paulo Eduardo de Figueredo Chacon
Prof.^o. Examinador-Membro 2

Dedico este trabalho a todas as crianças e adolescentes, bem como as mães que, por muitas das vezes, sacrificam a própria vida para proteger seus filhos da barbárie e das injustiças deste mundo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Santíssima Trindade: Pai, Filho e Espírito Santo.

As mulheres da minha vida: minha mãe Marlene (*in memoriam*), minha esposa Jany e minhas filhas Gabriely e Mariely que me inspiraram. E também agradeço ao meu filho que está para nascer, me acrescentando novas alegrias e esperança num futuro melhor para a humanidade.

Especial agradecimento também a minha orientadora Cláudia Vechi Torres.

RESUMO

A Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) completou sua primeira década. O momento é oportuno para se fazer uma reflexão para a questão central dessa lei, que são as medidas protetivas de urgência para proteger a mulher de uma iminente, ou outra, violência doméstica, bem como seus reflexos nos filhos. Afinal de contas, a finalidade maior da lei Maria da Penha ao ganhar existência no ordenamento jurídico pátrio, é a proteção integral da mulher contra qualquer forma de violência, mas ela acaba atingindo os direitos dos filhos. O presente estudo tem esse escopo analisar as interferências jurídico-sociais nas medidas de proteção, presente na lei 11.340/2006, nos direitos fundamentais dos filhos menores da vítima protegidos pelo ECA, assim adentra-se nas nuances e entrelinhas dessa lei, dialogando com outros dispositivos legais e a realidade dos fatos, a fim de verificar os impactos positivos e negativos, no que tange as medidas protetivas de urgência, sobretudo nos casos em que a vítima, no caso a mulher, for também mãe de filhos menores, os quais são sujeitos de direito e podem ser atingidos, direta ou indiretamente, pelas medidas de proteção previstas na Lei 11.340/2006. Para atingir o objetivo proposto, esse trabalho foi dividido em três partes. Na primeira parte, foi apresentada uma panorâmica dos direitos da criança e do adolescente, demonstrando a evolução desses direitos no sistema jurídico pátrio, partindo do período colonial até a atualidade. Na segunda parte delimitou-se a traçar em linhas gerais a importância da Lei 11.340/2006 e suas interferências jurídicas, dando especial atenção às medidas protetivas de urgências oriundas dessa lei. Na terceira e última parte se demonstrou os impactos jurídico-sociais, resultantes da aplicação das medidas protetivas de urgência em relação aos filhos menores da vítima de violência doméstica e familiar. Diante de todo o exposto nesse trabalho monográfico, concluiu-se que a aplicação das medidas protetivas de urgência da Lei 11.340/2006 não é uma operação jurídica simples, que de plano se aplica genericamente, sobretudo quando a vítima for mãe de filhos menores. Pelo contrário, é complexa, exigindo muita habilidade e sensibilidade do operador do direito, haja vista que a má aplicação de algumas medidas protetivas pode impactar negativamente no desenvolvimento dos infantes em consequência de descumprimento dos direitos fundamentais, previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente e consagrados pela doutrina da proteção integral, prevista na Constituição Cidadã de 1988.

Palavras-chave: Medidas protetivas. Violência doméstica. Lei Maria da Penha. Filhos menores. Doutrina da Proteção Integral. Impactos positivos e negativos.

ABSTRACT

The law 11,340/2006 (Maria da Penha Law) completed its first decade. The moment is opportune to make a reflection to the central question of this law, which are emergency protective measures to protect the woman from an imminent, or another, domestic violence, as well as your reflexes in children. After all, the larger purpose of the Maria da Penha Law to make existence in the legal system of the homeland, is the comprehensive protection of women against any form of violence, but she ends up affecting the rights of children. The present study has this scope to analyze the legal and social interference protection measures present in law 11,340/2006, on the fundamental rights of the minor children of the victim protected by ECA, thus enters the nuance and subtext of this law, in dialogue with other legal provisions and the reality of the facts, in order to check the positive and negative impacts, related emergency protective measures , especially in cases where the victim, in case his wife, is also the mother of minor children, which are subjects of law and can be affected, directly or indirectly, by the protective measures provided for in Law 11,340/2006. To achieve the objective, this work was divided into three parts. In the first part, was presented an overview of the rights of children and adolescents, demonstrating the evolution of these rights in the Brazilian legal system, starting from the colonial period to the present. In the second part sets out operational-if the plot in general terms the importance of the law 11. 340/2006 and its legal interference, giving special attention to protective measures of emergency from that law. In the third and last part demonstrated the legal-social impacts, resulting from the application of protective measures in relation to the minor children of the victim of domestic violence and family. Before all the above in this monographic work, it was concluded that the implementation of the protective measures of emergency the law 11. 340/2006 is not a legal operation plan, applies generally, especially when the victim is the mother of minor children. On the contrary, is complex, requiring great skill and sensitivity of the operator of law, given that the misapplication of some protective measures may impact negatively on the development of infants as a result of violation of fundamental rights laid down by the Statute of children and adolescents and enshrined by the doctrine of integral protection, provided for in the Constitution of 1988 Citizen.

Keywords: Protective Measures. Domestic violence. Maria da Penha Law. Minor children. Doctrine of comprehensive protection. Positive and negative impacts.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO

2 OS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

2.1 EVOLUÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO BRASIL.

2.2 PRINCÍPIOS E DIREITOS CONSAGRADOS COM A CONSTITUIÇÃO DE 1988.

3 AS MEDIDAS PROTETIVAS DA LEI MARIA DA PENHA NO CASO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

3.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI MARIA DA PENHA

3.2 MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA

4 OS IMPÁCTOS JURÍDICOS-SOCIAIS DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA DA LEI MARIA DA PENHA EM RELAÇÃO AS CRIANÇAS E/OU ADOLESCENTES

5 CONCLUSÃO

REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

A lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) completou a sua primeira década. O momento é oportuno para se fazer uma reflexão para a questão central dessa lei, que são as medidas de urgência para proteger a mulher de uma iminente, ou outra, violência. Afinal de contas, a finalidade maior da lei Maria da Penha ao ganhar existência no ordenamento jurídico pátrio, é a proteção integral da mulher contra qualquer forma de violência. Verifica-se, porém, que há impactos positivos e negativos, no que tange as medidas protetivas de urgência, sobretudo nos casos em que a vítima, no caso a mulher, for também mãe de filhos menores, os quais são sujeitos de direito e podem ser atingidos, direta ou indiretamente, pelas medidas de proteção previstas na lei 11.340/2006.

Nascida para assegurar a proteção integral à mulher, a Lei Maria da Penha teve sua fecundação no nosso sistema jurídico, dado pela intolerância simbólica dos fatos, ocorridos por uma personagem do mundo real. A Lei foi fruto de uma pressão e determinação de tratados internacionais e muito bem recepcionada por toda sociedade, haja vista, o grau de intolerância que ficou demonstrado no grito de socorro da Sra. Maria da Penha Maia Fernandes, personagem chave na criação e aprovação da lei 11.340/2006. Ganhou fama pela vida trágica que levava, por ser um ícone da violência doméstica e por percorrer toda uma trajetória dolorosa na busca pela justiça contra a intolerância, além de efetivação de punições mais severas e justas para todos os agressores num universo de violência doméstica, em que geralmente se dá entre casais e que sempre acarreta consequências marcantes de violência física, sexual, psicológica e até patrimonial contra a mulher, visto ser ela a parte hipossuficiente da relação, pelo menos fisicamente.

Sem dúvida a mulher já conquistou muito espaço em todas as áreas sociais, já venceu muitos preconceitos e mitos arraigados numa sociedade de raízes machista, que colocava a mulher apenas como um ser inferior, que tinha somente a função de procriar e criar os filhos, se limitando apenas as tarefas do lar. Contudo, apesar de todo avanço, ainda há resquícios de uma mancha histórica de cunho machista e conservador.

A violência doméstica está no seio da sociedade, dentro da família que é considerada a base da sociedade, sendo em alguns casos berço do flagelo humano, da intolerância, da violação da dignidade humana e da mais sorradeira forma de

violência, em que se emprega a força do mais forte sobre o mais fraco, trazendo sequelas para todo núcleo familiar, principalmente para os filhos menores.

A Lei Maria da Penha é um instrumento jurídico próprio, específico para o combate a violência contra a mulher e as medidas protetivas de urgências são, por excelência, o grande trunfo dessa lei para combater as diferentes formas de violência. Todavia, é preciso garimpar na esfera das medidas protetivas, analisando-as mais aprofundadamente, para extrair as reais consequências jurídico-sociais que tais medidas acarretam aos filhos menores da vítima. Na mesma esteira é necessário demonstrar se, com a positivação das medidas de proteção, houve um diálogo jurídico legal com a lei 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente-ECA), visto que a situação decorrente das medidas de proteção, muitas das vezes vai interferir em toda estrutura familiar, sobretudo nos direitos inerentes aos filhos menores da vítima.

Dentre as medidas protetivas de urgências previstas na lei, temos: a medida de suspensão da posse, ou restrição do porte de armas; proibição de determinadas condutas do agressor; restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores; prestação de alimentos provisionais ou provisórios; encaminhamento da ofendida e seus dependentes a programa oficial de proteção ou de atendimento; determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor; determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos e determinar a separação de corpos.

Com tais procedimentos, visa o instrumento jurídico coibir ou cessar a violência, nem que para tanto, seja preciso afastar ou separar os pares envolvidos no conflito de violência doméstica. Ocorre que na maioria das vezes os envolvidos são pais de família que tem em comum a responsabilidade sobre filhos menores, e esses por sua vez, sofrerão os reflexos das medidas protetivas imposta aos pais. Podendo sofrer consequências jurídico-sociais gravosas e até irreversíveis, como o direito de alimentos, guarda, direito de visita, direito ao afeto, ou de serem usados como objetos de vingança de um dos pais, ocasionando a alienação parental e ainda a alteração no poder familiar, dentre outros advindo do ECA.

Dessa feitas as medidas protetivas podem desencadear situações que atingem direta ou indiretamente alguns direitos materiais concernentes aos filhos menores da vítima, aumentando ainda mais o sofrimento dessa. De modo que a

medida de proteção não é uma operação jurídica simples, que de plano se aplica genericamente. Pelo contrário, é complexa, exigindo muita habilidade e sensibilidade do operador do direito. Este deve estar despido de qualquer preconceito e comoção, atento aos reflexos jurídico-sociais para não chocar com outros instrumentos normativos, no caso o ECA. Pois muitas vezes, na ânsia de se querer solucionar uma situação jurídica desagradável, acaba-se contribuindo para desencadear uma situação fática que origina outros direitos e possivelmente outras demandas judiciais.

Verifica-se que a conduta de violência contra a mulher, tem que ser baseada no gênero, aí surgem outras questões, a primeira tradicional e comumente aceita de que gênero é nada mais nada menos que a identificação ou diferenciação dos sexo masculino e feminino, porém as ciências sociais aprofundam o conceito e apontam que gênero é uma construção social, é aquilo que o indivíduo representa, ou como se apresenta para a sociedade. O gênero é uma relação de poder e a violência decorre geralmente como resultado do poder do mais forte sobre o mais fraco, pelo menos fisicamente e é o que ocorre quase sempre na denominação biológica homem e mulher. Pois bem, ao olhar por esse ângulo da denominação do mais forte sobre o mais fraco, se verifica que na estrutura familiar não só a mulher é vítima de violência doméstica e familiar, como também é a criança, o jovem e os idosos.

Ora, o Estado constitucionalmente é tido como protetor da família, devendo interferir, resguardando todos os membros da entidade familiar, inclusive os que se encontrarem em situações de desigualdades e hipossuficiência, como é o caso das mulheres vítimas da violência de gênero, bem como dos filhos menores desta.

Os efeitos da violência perpetrada contra a mulher no âmbito doméstico são estendidos para todos os membros da família. A lei 11.340/2006 veio para frear a violência de gênero e familiar por meio de um conjunto de medidas. Todavia o que dizer dos efeitos das medidas protetivas, sobretudo quando a vítima possui filhos menores? E até que ponto as medidas protetivas realmente protegem a vítima e seus filhos menores? Até que ponto essas medidas estão em consonância com os princípios consagrados no ECA?

O objetivo geral desse trabalho monográfico é analisar as interferências jurídico-sociais das medidas de proteção, presente na lei 11.340/2006, nos direitos fundamentais dos filhos menores da vítima protegidos pelo ECA. Para tanto, é preciso descrever os direitos e princípios de proteção as crianças e adolescentes

previstos na Constituição e no ECA, apontar conceitos e finalidades das medidas de proteção da lei 11.340/2006 e confrontá-los sobre a luz da doutrina e de jurisprudências, mas com o olhar voltado para os princípios e normas do ECA, sobretudo no que se pauta na doutrina de integralidade de proteção da criança e do adolescente, que remete como responsabilidade de todos a proteção e o zelo pelos direitos das nossas crianças e adolescentes, deixando-os isentos de toda forma de violência ou negligência.

Também será analisada a aplicação isolada, ou em conjunto das medidas de proteção no âmbito da violência doméstica em consonância com o ECA, verificando se tais medidas podem desencadear situação de perigo, ou ameaça de direito aos infantes. Para, por fim, demonstrar os reflexos jurídico-sociais decorrente das medidas de proteção, quando à vítima possui filhos menores, compreendendo o papel da equipe multidisciplinar na efetivação das medidas e proteção dos filhos menores.

A presente monografia direciona sua classificação a área jurídica, pois é onde pousa seu maior aparato de interesse, desta feita a natureza da pesquisa se dará de forma eminentemente bibliográfica a partir do método dedutivo, com intuito de se buscar na doutrina e na jurisprudência, elementos argumentativos para embasar e delinear os objetivos acolhidos. Para tanto ainda é preciso se debruçar nos textos da lei, sobretudo na Constituição Federal de 1988, e nos demais dispositivos legais pertinentes à área de interesse aqui proposta. A pesquisa visa garimpar de forma sistemática o material selecionado, confrontando-os e colecionando adequadamente conhecimento para que surta dedutivamente e com lastro probatório a melhor conclusão para o problema posto.

Observa-se que o mecanismo das medidas protetivas da lei 11.340/2006 se pautou basicamente em dar uma assistência imediatista à vítima, relegando assim, as questões jurídico-sociais decorrente de tais medidas, como exemplo, a situação dos filhos menores da vítima quando a lei determina como medida, a separação de corpos, não levando em consideração o laço afetivo do agressor, que geralmente é o pai, com os filhos menores da vítima, retirando do menor bruscamente o direito da convivência da união familiar, sem falar em outros direitos. Desse modo, se uma medida legal, está afetando direitos e princípios, então por um lado essas medidas estão combatendo a violência de gênero, mas em contrapartida está concomitantemente provocando outra forma de violência doméstica, qual seja a

violência intrafamiliar em que configura como vítimas, as crianças e os adolescentes e o Estado configura como agressor ou violador de direito em nome das medidas protetivas da lei 11.340/2006.

2 OS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Ao traçar a trajetória histórica dos direitos das crianças e dos adolescentes no ordenamento jurídico pátrio, ainda que seja de forma ampla e não estritamente detalhada, inicia-se dos fatos sociais que demonstravam como a sociedade de cada época lidava com essa camada social peculiar que era as crianças. Todavia salta aos olhos, que não havia quase nenhuma prioridade para os cidadãos infanto-juvenil, esses eram relegados a segundo plano e as instituições, quando os acolhiam, não estavam preocupadas diretamente com seu bem-estar, mas sim em afasta-los das “pessoas de bem” da sociedade.

Olhando pelo lado do direito, verifica-se que também, quanto mais se aproxima do ponto zero de nossas raízes históricas, também se contempla a mais absoluta violação dos direitos humano, de modo que torna oportuno registrar a evolução legislativa para valorizarmos mais o direito infanto-juvenil ora positivado.

2.1 A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO BRASIL

Inicia-se no período colonial, em que se denota a ausência do Estado nas questões jurídico-sociais, relegando toda responsabilidade para a iniciativa educacional não estatal, sobretudo para os jesuítas, que tinha apenas viés carismático, ocupando-se, principalmente em amenizar as condições degradantes de pobreza social e de cristianizar os infantes. Nesse período não havia no Brasil uma preocupação predominantemente jurídica com a Colônia. A legislação que incidia no Brasil colônia foi recepcionada, ou transportada do Direito português (ROMÃO, 2016), sendo compilada no Código Filipino ou ordenações e Leis de Portugal. As que incidiam diretamente aos infantes eram de cunho cível, e somente competia para regulamentar à administração dos bens dos órfãos e dos expostos.

A igreja católica inicialmente representada pelos jesuítas, paralelamente mantinha uma jurisdição eclesiástica que regulava, em alguns aspectos, as relações sociais da colônia. O batismo de crianças, por exemplo, era a única maneira de testificar a oficialidade de nascimento, tanto é que havia até pena de multa para

quem não fosse batizado no tempo certo, estabelecido pela igreja. (ROMÃO, 2016).

Com tanta força social, a igreja tomava a frente de muitas questões e com seus interesses eclesiais internava aqueles menores menos favorecidos, o que de certa forma, era uma espécie de controle social, haja visto que começava ocorrer um crescimento populacional de crianças paupérrimas nas cidades, e proporcionalmente a esse crescimento, aumentava-se também a institucionalização para tirá-los das ruas e deixar a sensação de segurança. Nas palavras de Irene Rizzini:

Desde o período colonial, foram sendo criados no país colégios internos, seminários, asilos, escolas de aprendizes artífices, educandários, reformatórios, dentre outras modalidades institucionais surgidas ao sabor das tendências educacionais e assistenciais de cada época. [...] Um dos aspectos de grande interesse desta análise centra-se nas iniciativas educacionais entrelaçadas com os objetivos de assistência e controle social de uma população que, junto com o crescimento e reordenamento das cidades e a constituição de um Estado nacional, torna-se cada vez mais representada como perigosa. A ampla categoria jurídica dos menores de idade (provenientes das classes pauperizadas) assume, a partir da segunda metade do século XIX, um caráter eminentemente social e político. (Rizzini & Rizzini, 2004, p.22)

Assim à proporção que o país ia crescendo, crescia também a quantidade de instituições, com finalidades eminentemente sociais e políticas, com o objetivo de manter uma ordem de conduta que caracterizava os modelos educacionais da época, em que se prevalecia no binômio ordenar e obedecer, não amparado em métodos pedagógicos legais, mas simplesmente na relação de poder do mais forte sobre o mais fraco, essa era a regra de convivência em que regia toda a sociedade, em face da ausência de um sistema jurídico específico para a população infantil. O que se tinha de comando costumeiro e aceitável, era: é criança, é pobre, está na rua, os pais não tem condições nenhuma, então leva para uma instituição e lá ele vai ter que obedecer, e pronto. Estavam supostamente resolvidos os problemas. Prática essa que durou por muito tempo no tratado triangular sociedade, Estado e as condições das crianças.

Segundo Irene Rizzini, ainda hoje, há resquícios dessa modalidade administrativa nas escolas tradicionais, e mais forte ainda nas instituições que hoje abrigam crianças e adolescentes:

Essa modalidade de educação, na qual o indivíduo é gerido no tempo e no

espaço pelas normas institucionais, sob relação de poder totalmente desiguais, é mantida para os pobres até a atualidade. A reclusão na sua modalidade mais perversa e autoritária continua vigente até hoje para as categorias consideradas ameaçadoras à sociedade, como os autores das infrações penais. (Rizzini & Rizzini, 2004, p.22)

Importa mencionar ainda que no período colonial, os jesuítas e a igreja implementaram a institucionalização para educar as crianças, sobretudo as indígenas, faziam as regras e também quem determinava a sentença para quem as descumprissem. Conforme ensina Cristiano da Silva Longo, as penas eram severas: “A pedagogia jesuítica pregava claramente, como se vê, a necessidade de punições corporais para bem educar as crianças” (LONGO, 2002, p. 32). Os transgressores das normas impostas pagavam com sofrimentos físicos. Muito embora, Longo adverte que não eram os padres jesuítas que executavam os castigos, pois havia pessoas prontas para esse fim, bastando somente à ordem.

Mas se nas instituições predominava o autoritarismo absoluto, onde o menor parecia não ter direito algum, nos lares o sistema socioeducativo, não era diferente na figura do chefe patriarcal: “O autoritarismo do patriarca no período colonial brasileiro abatia-se sobre toda a família, e em particular sobre os filhos” (LONGO, 2002, p. 32).

Não dar para traçar a trajetória dos direitos das crianças e adolescentes, sem mencionar as ardilosas práticas sociais que serviram de lastro para despertar paulatinamente para a situação legislativa atual. Assim importa mencionar o sistema das Rodas de Expostos. “O sistema das Rodas de Expostos surgiu na Europa católica, em países como França e Portugal” (RIZZINI & RIZZINI, 2004, p. 24).

As Rodas dos Expostos foi também aqui no Brasil uma prática adotada para tentar resolver os casos de bebês rejeitados. O sistema de Roda de Exposto estava sendo bastante debatido na Europa, sobretudo nas condições precárias e de hígienes das casas dos expostos, instituição que adotava essa prática, o que contribuiu para seu banimento no Brasil. Como leciona RIZZINI & RIZZINI (2004, p.24):

Muitas Rodas de Expostos surgiram no Brasil, quando na Europa estavam sendo combatidas pelos higienistas e reformadores, pela alta mortalidade e pela suspeita de fomentar o abandono de crianças. Esta discussão não era desconhecida no Brasil, mas foi somente no século XX, com o processo de organização da assistência à infância no país e pela interferência da ação normativa do Estado, que o atendimento aos abandonados sofreria mudanças significativas.

No que tange ao abandono infantil, seja pela infância desvalida ou pela morte dos genitores, principalmente do pai, que deixava a filha sem dote para garantir um bom casamento, se adotava também o sistema de asilo religioso para as meninas. Havia as instituições para meninas pobres, as quais eram educadas para serem boas empregadas domésticas. Para as crianças mais favorecidas, nesse caso, a instituição se responsabilizava por toda criação exemplar da criança, permaneciam lá até serem desposada, e de certo modo, os orfanatos tinha o papel de substituição da figura paterna ensinando a órfã a ser uma perfeita dona de casa. A instituição podia até rejeitar o futuro marido, ou aceita-lo, podendo esse receber o dote que era pago pela instituição ou pelo governo, quando o presidente da província concordava com o pedido de casamento. (Rizzini & Rizzini, 2004).

Com o advento do regime político republicano, tem-se uma significativa progressão por parte do Estado no que tange as situações do menor. A institucionalização estatal passa a prevalecer diante das instituições religiosas privadas, e a sociedade começa a se mobilizar, debatendo as questões sociais que envolvia a população infantil. Como se percebe nas palavras de Irene Rizzini:

Ao mudar o regime político, o Brasil já possuía uma vasta experiência na assistência à infância desvalida, intimamente relacionada à educação e à instrução populares. Se a grande questão do Império brasileiro repousou na ilustração do povo, sob a perspectiva da formação da força de trabalho, da colonização do país e da contenção das massas desvalidas, no período republicano a tônica centrou-se na identificação e no estudo das categorias necessitadas de proteção e reforma, visando ao melhor aparelhamento institucional capaz de “salvar” a infância brasileira no século XX. Os debates tomaram conta do cenário da assistência à infância no Brasil. (RIZZINI & RIZZINI, 2004,p.28).

Irene Rizzini (2004) realça que os debates nesse período ganham contornos multidisciplinar, onde o país passou adotar medidas relacionada ao menor, medidas essas recomendadas de congressos internacionais, nas áreas das ciências de assistência social, médicas e jurídicas. Assim passou a se cobrar mais do Estado para que sua intervenção fosse além das meras medidas de caridade estatal. Nesse clima de renovação, crescia cada vez mais, a cobrança por uma legislação específica que protegesse a infância em seus diversos aspectos, seja jurídico ou social. As reivindicações sociais resultam na “aprovação do Código de Menores em 1927, idealizado por Mello Mattos – primeiro juiz de menores do país” (RIZZINI & RIZZINI, 2004, p. 28).

A legislação menorista compilava todos os direitos que estava em legislações esparsas voltadas exclusivamente para os menores. Mas o que viria a ser esse termo “menores” que era o objeto do código de menores? Quanto a terminologia “menores”, observa-se que no Brasil se enraizou, desde os tempos coloniais, a institucionalização de crianças desvalidas, prática essa que foram realizadas por quase todas as gerações e ainda tem seus resquícios nos dias atuais. Assim as crianças desvalidas, eram vistas como crianças problemáticas, apesar de não cometerem nenhum crime, eram marginalizadas pela sociedade e pior ainda, pelo Poder Público, que acabou sedimentando um preconceito social oficial, pois o termo “menor” foi adquirindo a mesma ideia denotativa de criança infratora, cometidora de crime. Como bem ensina MACHADO:

Esta confusão conceitual entre infância desvalida e adolescentes autores de crimes - que acabou por gerar fundas violações aos direitos fundamentais mais básicos de ambos os grupos - não é nova. Bem ao contrário, ela remonta à Europa do século XVIII[...] com o suposto aumento da criminalidade juvenil que se construiu a perversa confusão conceitual criança carente/criança delinquente, que no Brasil de hoje, como em diversas outras partes mesmo do chamado Primeiro Mundo, ainda continua a produzir seus efeitos. E que historicamente, e num processo de cunho estritamente ideológico, construiu-se, friso, uma identificação entre a infância socialmente desvalida e a infância delinquente. (MACHADO, 2003, p.31,32)

De todo modo os juizados de menores foram ganhando popularidade e apoio social, pois o juiz de menor mandavam para abrigos todas as crianças que se encontrasse na rua em situação de miserabilidade, de modo que “este sistema saturou-se, pois não chegou a dar conta da demanda que ele próprio criou” (RIZZINI & RIZZINI, 2004, p. 30).

O juiz de menores, de certo modo, acabou politizando a norma, usando-a arbitrariamente, com elevado exagero discricionário, pois se alguém com prestígio político, ou social pedisse ao juiz que mandasse internar um filho de um amigo, ou inimigo, por esse ser paupérrimo, poderia ter o pedido atendido por motivos convenientes, assim o juizado de menor tinha um comportamento diferentes dos demais órgãos da Justiça. Machado (2003, p.37) sucinta com maestria que “Essas instâncias judiciais especiais, verdadeiras instância judiciais de exceção eis que apartadas completamente das estruturas tradicionais de aplicação do Direito, é que acabaram por propiciar a criação e aplicação do chamado direito do menor”.

Muitas famílias de crianças desvalidas solicitavam a própria internação destas

crianças, por verem nas instituições uma saída para amenizar os infortúnios da miséria, e por acreditarem na ideologia estatal criada para esse sistema. Assim a demanda por essas instituições aumentaram seja pela internação dos que viviam nas ruas sem ter como sobreviver, e aí viram a saída para se alimentarem e se abrigarem, como também seja pelo aumento considerado da violência praticada por menores. Conforme alude Romão (2016), referindo-se ao Período Republicano e a cidade do Rio de Janeiro, afirma que era a capital econômica, política e cultural do Brasil, onde o crescimento populacional foi intenso trazendo com isso, muitos menores abandonados, além dos *pivets* estarem inundando as ruas.

O Código Mello Mattos acabou rotulando as crianças em dois grupos: os carentes e os delinquentes, de modo que havia uma preocupação social e protecionista exagerada, mais preocupada em resolver o problema social do menor do que as questões propriamente jurídicas. Maurício Maia de Azevedo (2007) esclarece que a doutrina subjacente ao Código Mello Mattos (CMM) focava-se na manutenção da ordem social. As crianças, bem como sua família, não eram objeto do Direito; mas sim, as crianças em situação de miséria, ou delinquentes, em situação irregular.

Em 1943 o Ministro da Justiça determinou a primeira revisão do código, e nas décadas de 1950 a 1970 foram apresentados alguns projetos para substituir o vigente código (ROMÃO, 2016). No interim dessas duas décadas ocorrem eventos jurídicos de suma importância no que tange aos direitos dos infantes, tais como a Declaração dos direitos da Criança aprovado pela Assembleia Geral da ONU em 1959. E no Brasil em 1964 é aprovada a Lei 4.513/64 voltada para o assistencialismo.

Os debates prosperavam nas perspectivas das ideias liberais que o país respirava. Mas a ditadura militar implantada no Brasil em 1964 vem frear todos os esforços dispensados para reformar o Código de menores de 1927. Em 1966 o país é entregue uma nova Constituição que tinha cunho autoritário. Segundo Romão (2016) o texto constitucional trouxe retrocesso no que tange ao menor, ao ser modificada a idade mínima para a atividade laboral de 14 para 12 anos, e ainda diminuiu os direitos constitucionais das crianças e dos adolescentes, reduzindo-o a um tímido artigo, o qual se limitava a dizer que a lei instituiria assistência à maternidade, a infância e a adolescência.

Nas palavras de Romão (2016), aprende-se que com a implantação do

regime militar, onde prevalecia a doutrina da segurança nacional, a qual deduzia a questão do menor a um problema de segurança, extinguiu-se e criava-se instituições para controlar o comportamento “antissocial” dos supostos transgressores. E ainda havia um pretexto dos governos militares de protegê-los da ideologia comunista para que esses não fossem usados como sentimento de difusão de revolta “contra” o Estado. Apesar do período conturbado, foi apresentado ao Senado Federal mais um projeto de lei (projeto de lei 105/1974) pelo Senador Nelson Carneiro, o qual foi substituído no ano seguinte pelo Senador José Lindoso, que juntou um grupo de juristas para elaboração do futuro código de menores, o qual ficou conhecido como código dos juízes. Assim o projeto findou se transformando em norma jurídica, sancionado em 10 de outubro de 1979 (Lei de nº 6.697/1979) consagrando a doutrina da situação irregular, juntamente com a política assistencialista pautada no direito do menor. Romão (2016) acrescenta que o novo Código em quase nada se diferenciava do seu antecessor, contudo ainda perdurou por dez anos no ordenamento jurídico pátrio.

As críticas quanto à doutrina da situação irregular, que discriminava o menor, eram crescentes. Desde da concepção ideológica do termo, pois havia um dito popular que “um menor pode matar uma criança”, até a prática injusta dessa lei, que podia privar um adolescente de liberdade por ser simplesmente pobre, internando-o em instituições juntamente com outros que cometeram crimes. É como se a solução dos problemas sociais estivessem com seus valores invertidos, pois o governo deveria estimular a convivência familiar, proporcionando os direitos básicos para a manutenção familiar. Como bem observa Adriana Toledo Machado.

[...] a maneira como o direito do menor se constituiu acaba por permitir o completo mascaramento das fundas violações aos Direitos Humanos mais elementares, como o direito à vida, à saúde, à educação, ao trabalho protegido, ao respeito, à dignidade à convivência familiar e comunitária, a que a imensa maioria de nossas crianças e jovens esteve e, em boa medida, continua sendo submetida, em decorrência da forma de organização da sociedade, da distribuição da riqueza, etc. (MACHADO 2003, p. 48).

Assim era pungente a mudança por uma legislação mais condizente com os valores sociais que se formavam e com base nas concepções jurídicas humanitárias modernas, sobretudo com o advento da Constituição de 1988 que trazia no corpo do seu texto, o artigo específico que iria servir de ruptura com a velha doutrina da

situação irregular. Outro marco fundamental que certamente serviu de lastro para a sedimentação da doutrina da proteção integral foi a Convenção sobre os Direitos da Criança aprovado na Assembleia Geral da ONU em 1989, trazendo importantes mudanças que serviria de lastro para o advento do Estatuto da Criança e do adolescente (ECA).

Edson Moraes (2009) sucinta com maestria a transição entre o Código de menores de 1979 e o ECA ao mencionar que a repressão de confinamento provoca indignações sociais, tanto pela perversidade, como pela ineficácia do sistema de internamento. Diante dessa situação insuportável, alguns setores sociais se organizaram para que fosse criada uma lei, que efetivamente estivesse em consonância com o artigo 227 da nossa Constituição de 1988, o que vai ensejar no tão esperado ECA.

Houve todo um processo de articulação e luta social para se conquistar os direitos que hoje estão consagrados no ECA. Segundo ainda o magistério de ROMÃO (2016), a corrida por mudança na legislação infanto-juvenil iniciou antes mesmo da Constituição de 1988, pois antes disso a sociedade se mobilizava para garantir a nova ordem jurídica infantil no texto constitucional que estava para nascer, e com isso se esforçavam para sensibilizar os constituintes, e por todo o país houve: conscientização da população, colheita de assinaturas, criação de ONGs, Congresso específico para o tema, a campanha Criança Constituinte e Encontros Nacionais de Meninos e Meninas. Tudo com envolvimento de diversos setores representativos da sociedade.

Enfim, por todos os esforços sociais somados e também os lobbys junto aos Constituintes é que se garantiu na Constituição Cidadã, a inserção dos direitos infanto-juvenis, os quais foram contemplados no já mencionado artigo 227 da Constituição Federal de 1988 (CF), *in verbis*:

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.

O texto constitucional consolidava assim o marco inicial para a implementação da doutrina da proteção integral no Brasil, em que afastava a

doutrina do risco onde o menor era visto pelo sistema jurídico como objeto do direito. Com essas mudanças, a criança e o adolescente passam agora a ser sujeito de direito, recebendo um tratamento jurídico específico e mais humanitário, em face de sua própria condição físico-psicológica, em que se toma como parâmetro o critério etário, colocando assim as crianças e os adolescentes como seres humanos em desenvolvimento físico e principalmente psicossocial. Cabendo a todos os entes sociais a proteção integral, para que não haja interferências externas que possam comprometer os objetivos que a nova legislação protetiva propõe.

Cabe ainda frisar que o caput do artigo 227 da CF apresenta dois preceitos basilares (ROMÃO, 2016): o primeiro é a distribuição de deveres e responsabilidade e o outro a garantia da prioridade absoluta. Desse modo tanto a família, a sociedade e o Estado são corresponsáveis para selar e fazer valer a doutrina da proteção integral. Ficando o Estado na responsabilidade de compartilhar deveres com a sociedade e a família, cedendo assim sua autonomia absoluta, deixando o modelo de Estado providencial e de bem estar-social.

Apesar de toda história de lutas e conquistas na evolução dos direitos das Crianças e dos adolescentes, a consolidação jurídica dos direitos infanto-juvenil ocorreu quando efetivamente se obedeceu ao comando constitucional do art. 227 da Magna Carta, inserindo-se em 13 de julho de 1990 no ordenamento jurídico pátrio a Lei 8069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), inaugurando assim a aplicação dos direitos infanto-juvenil às situações concretas.

2.2 PRINCÍPIOS E DIREITOS COM SAGRADOS COM A CONSTITUIÇÃO DE 1988.

Antes de adentrar propriamente nos princípios e direitos que são extraídos do ECA, importa primeiro apresentar um panorâmica estrutural desse dispositivo. O ECA é dividido em duas partes, sendo uma Geral e outra Especial. A parte Geral abarca os artigos 1º ao 85, e por sua vez também se divide em três títulos: Disposições Preliminares, Direitos fundamentais e Prevenção. Na parte Especial observa-se que esta se divide em sete títulos, os quais são: Políticas de Atendimento, Medidas de Proteção, Prática de Atos Infracional, Medidas Pertinentes aos Pais ou Responsáveis, Conselho Tutelar, Acesso à Justiça, Crimes e Infrações Administrativas.

O ECA traz em seus princípios, os parâmetros delineados na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, aprovado em 1989 pela Assembleia da ONU (DUPRET, 2015). Para a Convenção de 1989, criança seria toda pessoa menor de 18 anos, em simetria com a Declaração dos Direitos da Criança de 1959 que preconizava: “a criança, em razão de sua falta de maturidade física e intelectual, precisa de uma proteção especial e de cuidados especiais, especialmente de proteção jurídica apropriada antes e depois do nascimento”. O ECA em seu artigo 2º considera que a criança é a pessoa até 12 anos, e o adolescente com idade entre 12 anos completos e 18 anos incompletos.

O ECA vem romper com a velha doutrina da situação do risco, adotada no Código de Menores de 1979, a qual só se pautava na repressão penal e no assistencialismo, retirando os menores pobres das ruas e confinando-os em abrigos junto com os menores infratores. Com a doutrina da proteção integral, conforme ensina Cristiane Dupret (2015), a criança e o adolescente passam a ser verdadeiramente sujeitos de direitos, o ECA passa a contemplar tanto a criança e o adolescente que estiverem em situação irregular, como também aqueles que estiverem em situação regular.

Há alguns princípios extraídos da Constituição e do ECA que norteiam todas as questões jurídico-sociais envolvendo conflitos, que se pauta na doutrina de integralidade de proteção das crianças e dos adolescentes. Contudo, o artigo 100 do ECA mencionam 12 princípios que se aplicam às medidas de proteção. *In verbis*:

Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas

I - condição da criança e do adolescente como sujeitos de direitos: crianças e adolescentes são os titulares dos direitos previstos nesta e em outras Leis, bem como na Constituição Federal;

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;

III - responsabilidade primária e solidária do poder público: a plena efetivação dos direitos assegurados a crianças e a adolescentes por esta Lei e pela Constituição Federal, salvo nos casos por esta expressamente ressalvados, é de responsabilidade primária e solidária das 3 (três) esferas de governo, sem prejuízo da municipalização do atendimento e da possibilidade da execução de programas por entidades não governamentais;

IV - interesse superior da criança e do adolescente: a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no

caso concreto;

V - privacidade: a promoção dos direitos e proteção da criança e do adolescente deve ser efetuada no respeito pela intimidade, direito à imagem e reserva da sua vida privada;

VI - intervenção precoce: a intervenção das autoridades competentes deve ser efetuada logo que a situação de perigo seja conhecida;

VII - intervenção mínima: a intervenção deve ser exercida exclusivamente pelas autoridades e instituições cuja ação seja indispensável à efetiva promoção dos direitos e à proteção da criança e do adolescente;

VIII - proporcionalidade e atualidade: a intervenção deve ser a necessária e adequada à situação de perigo em que a criança ou o adolescente se encontram no momento em que a decisão é tomada;

IX - responsabilidade parental: a intervenção deve ser efetuada de modo que os pais assumam os seus deveres para com a criança e o adolescente;

X - prevalência da família: na promoção de direitos e na proteção da criança e do adolescente deve ser dada prevalência às medidas que os mantenham ou reintegrem na sua família natural ou extensa ou, se isto não for possível, que promovam a sua integração em família substituta;

XI - obrigatoriedade da informação: a criança e o adolescente, respeitado seu estágio de desenvolvimento e capacidade de compreensão, seus pais ou responsável devem ser informados dos seus direitos, dos motivos que determinaram a intervenção e da forma como esta se processa;

XII - oitiva obrigatória e participação: a criança e o adolescente, em separado ou na companhia dos pais, de responsável ou de pessoa por si indicada, bem como os seus pais ou responsável, têm direito a ser ouvidos e a participar nos atos e na definição da medida de promoção dos direitos e de proteção, sendo sua opinião devidamente considerada pela autoridade judiciária competente, observado o disposto nos §§ 1o e 2o do art. 28 desta Lei.

Oportuno frisar que muito embora o texto da lei refira-se a aplicação dos princípios mencionados às medidas de proteção, a interpretação deve ser extensiva a todo ordenamento jurídico no que tange a aplicação da doutrina da proteção integral, amparada pelo artigo 127 da CF o qual dispõem dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes. Tal como se infere nas palavras de Guilherme Freire Barros.

[...] a Lei nº 12.010/2009 inseriu o parágrafo único do artigo 100 para elencar doze princípios pertinentes à aplicação das medidas de proteção. Embora estejam inseridos no bojo do artigo 100, dentro do capítulo pertinente às medidas específicas de proteção, esse rol transmite valores, mandado de otimização, que devem permear todo o Estatuto, todo o sistema jurídico da criança e do adolescente. Mais do que indicar o modo de aplicação das medidas de proteção, esse rol de princípios deve informar a atuação de todos os atores envolvidos com a tutela da criança e do adolescente [...]. (BARROS 2010, p.136):

Esses princípios elencados no artigo 100 do ECA, podem também ser extraído em outros artigos dessa Lei. Podendo ainda variar de nomenclatura, de acordo com o doutrinador, porém carregam as mesmas semelhanças semânticas.

Passe-se a se analisar alguns deles, limitando-se aos objetivos propostos nesse trabalho.

Iniciando pelo princípio basilar, qual seja o Princípio da Proteção Integral da criança e do adolescente, que remete como responsabilidade de todos a proteção e o zelo pelos direitos das nossas crianças e adolescentes, deixando-os isentos de toda forma de violência ou negligência. Conforme preceitua bem o artigo 1º do ECA, o Princípio da Proteção Integral vai nortear todos os direitos da criança e do adolescente: “Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à Criança e ao Adolescente”, como também no artigo 4º: “É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde[...]”. E ainda no artigo 70: “é dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente”. É oportuno mencionar que ainda o Princípio da Proteção Integral encontra guarida no artigo 227 da CF, pois preceitua que se dê a prioridade a criança e ao adolescente, principalmente por parte do poder público que deve priorizar seus serviços e políticas públicas em prol da população infanto-juvenil.

Com base no Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente ou Princípio do Superior Interesse do menor, os operadores do direito na interpretação do ECA ou de qualquer outra lei, devem sempre considerar os interesses infanto-juvenil. No choque com outro direito de um adulto, deve sempre prevalecer aquele que é mais benéfico para efetivar os direitos fundamentais da criança e do adolescente, colocando em segundo plano outra forma de interpretação ou interesse de outrem. Conforme art. 6º do ECA: “Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum[...]”. O princípio do superior interesse do menor foi recepcionado da legislação menorista, e DUPRET (2015) adverte que na aplicação desse princípio é preciso ter cautela, haja vista que por muitas das vezes foi utilizado para justificar absurdos, citando exemplo dos casos dos adolescentes em conflitos com a lei, onde se aplicava determinadas medidas, mesmo não tendo a natureza de penas, sob a égide de que o adulto, no caso o juiz de menor, estava aplicando a medida para o melhor interesse do menor. Posição errônea e travestida do melhor interesse do menor, visto que na doutrina da proteção integral esses infantes, como sujeitos de direitos, tem oportunidade de expressar sua opinião, como nos casos de adoção do maior de 12 anos.

Na lição de Guilherme Freire de Mello Barros, o princípio do melhor interesse

da criança e do adolescente, está intimamente ligado com a doutrina da proteção integral, haja vista que na aplicação daquele é preciso observar essa doutrina, visando maior efetivação dos direitos fundamentais dos sujeitos de direito infanto-juvenil:

Guarda ligação com a doutrina da proteção integral o princípio do melhor interesse da criança ou do adolescente. Esse postulado traduz a ideia de que, na análise do caso concreto, o aplicador do direito - leia-se advogado, defensor público, promotor de justiça e juiz - deve buscar a solução que proporcione o maior benefício possível para a criança ou adolescente, que dê maior concretude aos direitos fundamentais do jovem. No estudo da colocação da criança ou do adolescente em família substituta, o princípio do melhor interesse se faz presente de forma marcante. (BARROS, 2010, p.22)

O Princípio da Indisponibilidade do direito da criança e do adolescente determina que os direitos advindos do ECA têm natureza de Direito público em face de suas características de ser direitos prioritários, protegidos pelo Estado e pela sociedade. Desse modo se entende que nesse princípio, não se negocia, nem se relativiza os direitos dos menores. Os direitos do ECA não estão disponíveis para serem confrontados com outros dispositivos de outras leis, eles atingem e se aplicam a quem quer que seja, inclusive, sobre os pais ou ao Estado quando violarem direitos consagrados no Estatuto da Criança e do Adolescente, cabendo ao poder público intervir para proteger e fazer valer os direitos estabelecido no ECA.

Importa mencionar também, o princípio da Convivência Familiar, extraído do art. 19 do ECA, no qual: “Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta”. A família é o lugar ideal para o desenvolvimento de todo ser humano, o ambiente familiar deve proporcionar equilíbrio e condições para uma vida digna. A Convenção Internacional dos Direitos da Criança (ONU, 1989), acentua a importância da família e a caracteriza como:

[...] grupo fundamental da sociedade e ambiente natural para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros, e em particular das crianças, devendo receber a proteção e assistência necessárias a fim de poder assumir plenamente suas responsabilidades dentro da sociedade.

Quanto ao conceito de família, já não se tem uma definição sólida e imutável. Doutrina e jurisprudência são passíveis em concordar que o princípio da afetividade

é que vai permear o conceito de família, flexibilizando para as relações afetivas entre as pessoas. Na lição de Valter Kenji Ishida:

O que deve balizar o conceito de “família” é, sobretudo, o princípio da afetividade, que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações sócioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico. (ISHIDA, 2010, p.53):

Salutar ainda é citar o magistério de Murillo José Digiácomo e Ildeara de Amorim Digiácomo (2013) quando mencionam a importância da família na efetivação dos direitos das crianças e dos adolescentes. Os autores relacionam o grupo familiar como primeira das instituições a atuar em prol dos direitos de crianças e adolescentes, dessa feita o âmbito familiar seria o primeiro lugar a se buscar e a defender a aplicação da legislação infanto-juvenil.

O princípio da cooperação remete uma responsabilidade solidaria tanto para o Estado, para sociedade e também para a família na aplicação dos direitos infanto-juvenis, como também na prevenção no sentido de coibir a violação desses direitos. Apesar do termo Estado, obviamente que se entende que todos os entes públicos também cooperam entre si para proporcionar um serviço de qualidade no que tange as políticas públicas para defesa e proteção da criança e do adolescente. Nas palavras de Barros:

[...] as políticas públicas competem precipuamente ao Poder Executivo. Governos federal, estadual e municipal devem agir de forma harmônica e coordenada para atender às necessidades da população, mormente à criança e ao adolescente, objeto de tutela do Estatuto. Conforme frisado anteriormente, em comentários ao Título anterior, a formatação e execução dos projetos de atendimento da criança e do adolescente competem ao Executivo - que muitas vezes se vale do auxílio de entes paraestatais, membros do terceiro setor-, mas a fiscalização compete ao Ministério Público, à Defensoria Pública, ao Poder Legislativo e à sociedade civil organizada. Para alcançar o objetivo final do Estatuto, que é tutelar de forma ampla os nossos jovens, o esforço deve partir de todas as instituições sociais [...]. (BARROS, 2010, p. 22):

O Princípio da municipalização traz as vantagens de descentralização administrativa, da maior aproximação do poder público com a população, de maior envolvimento e conhecimento do gestor público com os problemas sociais e locais. O artigo 88 do ECA menciona: “São diretrizes da política de atendimento: I - municipalização do atendimento”. Muito embora esse Princípio tenha como principal meta a descentralização, sabe-se que o Estado e a União tem também sua

coparticipação nas políticas de atendimento, trabalhando em conjunto imbuídos pelo princípio da cooperação (ISHIDA, 2010).

Com relação ao Princípio do Peculiar Desenvolvimento, tanto as crianças como os adultos possuem os mesmos direitos inerentes à pessoa humana, todavia a maior intenção imbuída nesse Princípio é diferenciar os tratamentos jurídicos dispensados as crianças e aos adolescentes, haja vista a sua condição especial de desenvolvimento físico e psicológico, bem como a sua capacidade de discernimento. O artigo 6º do ECA faz menção a esse princípio: “[...] condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento”. Ishida entende que:

a “condição peculiar da criança e do adolescente” deve ser o principal parâmetro na aplicação das medidas na Vara da Infância e Juventude. Obedecidos os critérios legais, as autoridades devem procurar as medidas mais adequadas à proteção da criança e do adolescente (ISHIDA, 2010,p.11)

Foram feitas menções a alguns princípios, os quais se entendem aqui mais pertinentes para os fins estabelecidos. Do mesmo modo não se pretende, por ora, a uma análise exaustiva de todos os artigos do ECA, por iguais motivos. Importa ressaltar é que os direitos fundamentais da criança e do adolescente se compara a todos os direitos fundamentais dos adultos, pois são seres humanos. A primeira vista tanto a criança e o adolescente gozam dos mesmos direitos fundamentais dos adultos, todavia Marta Toledo Machado leciona que há diferenças quantitativa e qualitativa em relação aos direitos fundamentais infanto-juvenis devido a sua condição peculiar:

Os direitos fundamentais de crianças e adolescentes são especiais, no sentido de distintos do direito dos adultos, sob dois aspectos: um de natureza quantitativa e outro de natureza qualitativa. Podemos dizer que crianças e adolescentes gozam de maior gama de direitos fundamentais que os adultos. Com efeito, são titulares de todos os direitos individuais e sociais reconhecidos ao ser humano nos artigos 5º, 6º e 7º da Constituição da República. Nem se poderia interpretar de maneira diversa, em face do princípio da igualdade contido no caput do artigo 5º Mostra disto a Constituição Federal deu, ainda, na redação do inciso XXX do artigo 7º. Ou, bem mais do que isso e à luz dos princípios fundamentais do Título I da CF, reza expressamente o artigo 3º, caput e inciso III, que constitui objetivo fundamental da República "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação".[...] Mas crianças e adolescentes gozam de outros direitos fundamentais, dos quais são titulares em razão da peculiar condição em que se encontram.(MACHADO, 2010, p. 155)

Dentre os direitos acrescidos, para exemplificar, ainda se encontram: direito ao não-trabalho, direito à profissionalização, direito à alimentação e dentre outros conquistados e a conquistar. O que se quer deixar claro é que mais importa mencionar as diretrizes para traçar e analisar os fatos concretos, envolvendo direitos no ECA, ao invés de se debruçar exaustivamente em toda legislação.

3 AS MEDIDAS PROTETIVAS DA LEI MARIA DA PENHA NO CASO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

A Lei 11.340/2006, apesar da sua boa intenção, está longe de se apresentar como um instituto jurídico pacífico, tanto para a doutrina, tanto para a jurisprudência, haja vista a sua própria natureza jurídica intrigante, bem como a inovação jurídica no que tangem ao aspecto multidisciplinar dessa lei, principalmente no que diz respeito às medidas protetivas de urgência.

3.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI MARIA DA PENHA

A lei Maria da Penha é um instrumento jurídico próprio, específico para o combate a violência contra a mulher, e as medidas protetivas são, por excelência, o grande trunfo dessa lei para combater as diferentes formas de violência de gênero. Portanto, a função primordial dessa lei ao ser inserida no ordenamento jurídico, por mandamento constitucional e também amparado por Convenções internacionais, é oferecer proteção integral a mulher contra qualquer forma de violência que esteja relacionada com as relações intra familiares ou afetiva. Conforme ensina Porto:

Ora, a Lei 11.340/2006 tem por objetivo concretizar, no plano infraconstitucional, o preceito contido no artigo 226, § 8º, da CF, que impõe ao Estado a obrigação de coibir a violência no âmbito das relações domésticas [...] ingressa no ordenamento jurídico como uma ordenação afirmativa que deve ser interpretada tendo em conta o fim constitucional a que se destina - inibir a discriminação de gênero no âmbito doméstico ou familiar, traduzida por diversas modalidades de violência -, levando em consideração a condição de vulnerabilidade da mulher nestes mesmos âmbitos. (PORTO, 2014, p.26)

O termo violência doméstica e familiar, utilizado legalmente no texto da lei pode trazer certa confusão terminológica. Todavia, a violência doméstica se refere às violências praticadas dentro da unidade doméstica, não sendo necessário ter relação de parentesco entre os envolvidos, ao passo que a violência familiar se refere à violência praticada contra aqueles que existe um vínculo parental, ou afetivo. Dessa feita melhor termo seria “violência domestica ou violência familiar”. (PORTO, 2014, p.38).

Parece que diferentemente é o que pensa Damásio de Jesus, para o

doutrinador violência doméstica e familiar se apresentam como sinônimos, podendo até ser substituído por violência intrafamiliar:

Entende-se por violência familiar, intrafamiliar ou doméstica toda ação ou omissão cometida no seio de uma família por um de seus membros, ameaçando a vida, a integridade física ou psíquica, incluindo a liberdade, causando sérios danos ao desenvolvimento de sua personalidade. (JESUS, 2015, p.8)

O artigo 5º da Lei 11.340/2006 menciona que “qualquer ação ou omissão baseada no gênero” vai configurar a violência doméstica e familiar. Dessa feita verifica-se que a conduta de violência contra a mulher, é uma violência de gênero. Existem duas questões quando se menciona o termo “gênero”: a primeira tradicional e comumente aceita de que gênero é a identificação ou diferenciação dos sexos masculino e feminino; a outra aflora das ciências sociais que remete ao conceito um revestimento filosófico, apontando que gênero é uma construção social, é aquilo que o indivíduo representa, ou como se apresenta para a sociedade. “O gênero trata das diferenças que são os resultados das construções sociais e culturais, não resultados da natureza humana” (MOUGEOLLE, 2015). Sem embargos o gênero se sobressai como uma relação de poder, por ser de natureza sociocultural. Nesse diapasão, a violência decorre geralmente como resultado do poder do mais forte sobre o mais fraco, pelo menos fisicamente e é o que se vislumbra, quase sempre, na denominação relacional entre o homem e mulher.

Pois bem, se olharmos por esse ângulo da denominação do mais forte sobre o mais fraco, concluímos que não somente a mulher é vítima de violência doméstica e familiar, como também é a criança, o jovem e os idosos. Cabendo ao Poder Estatal proteger a família, resguardando todos os seus membros, inclusive os que se encontrarem em situações de desigualdades e hipossuficiência, no caso das mulheres vítimas da violência de gênero, bem como dos filhos menores desta.

E nesse aspecto importa mencionar o que ensina Gildanny Luiz (2015), para ele o problema da violência de gênero é cultural. A sociedade molda “machos” e não “homens”, para o doutrinador, a diferença reside no fato do “macho” ser menos civilizado do que o “homem”, e ainda aquele ter arraigado no subconsciente coletivo de uma sociedade machista, a ideia de dominação e posse, culturalmente advinda do homem primitivo que se baseava na força, até por uma questão de sobrevivência, que na modernidade não mais se justifica. Ao passo que o “homem” seria a evolução

do “macho”, sendo um sujeito integrante de uma sociedade que é concebida como uma construção de todos os seres humanos que a compõe, e ver na mulher um ser livre na sociedade, sendo tão capaz quanto o homem, nesse caso não mais prevalecem o sistema de força, mas o da razão.

Gildanny Luiz (2015, p.13) ainda adverte que o fenômeno da violência tem que ser estudado sob esse ângulo, ou seja, analisando o comportamento humano, com o sujeito agressor e a sociedade que o integra: “Do contrário, ficaremos eternamente criando leis que não resolverão o problema [...]. O problema não é jurídico é social”.

O fato é que o enfrentamento da violência doméstica não se apresenta tão simples assim, “[...] a violência contra as mulheres, tema tipicamente multidisciplinar” (JESUS, 2015, p. 8). A questão se mostra complexa e diversificada, extrapolando para o interesse de outras ciências como a Sociologia, Psicologia, Médicas etc. Trazendo também diferentes posicionamentos doutrinários, no que toca a ciência jurídica. Contudo, a delimitação da natureza jurídica da lei 11.340/2006, parece ser um bom começo para alcançar uma maior consciência jurídica, no que tange a importância dessa lei no ordenamento jurídico pátrio. Pedro Rui Fontoura Porto tem o seguinte posicionamento:

Tem-se, pois, que a Lei 11.340/2006 tem por objetivo erradicar ou, ao menos, minimizar a violência doméstica e familiar contra a mulher. Violência que, na acepção do art. 7º da referida lei, abrange formas outras que *vis corporalis*. Ademais, o legislador pretende sejam utilizados diversos instrumentos legais para dar combate à violência contra a mulher, sendo o Direito Penal um deles. Depreende-se disso que este diploma legal não se constitui, exclusivamente, em lei penal, mas uma lei com repercussões na esfera administrativa, civil, penal e, inclusive, trabalhista. (PORTO, 2015, p.22).

Ainda se referindo à natureza jurídica da lei 11.340/06, percebe-se nas palavras de Antônio Cezar Lima da Fonseca que sua posição diverge um pouco dos termos apresentados por Porto.

A Lei Maria da Penha não é norma penal incriminadora. Ela não criou normas de Direito Penal, mas regulamentou normas de processo penal e processo civil. Há quem afirme que a Lei 11.340/06 é uma norma processual, de cunho cautelar. Segundo essa orientação, a Lei definiria hipóteses de sua incidência. (FONSECA, 2012, p. 38)

Por fim tem-se as palavra de Maria Berenice Dias (2010), a qual leciona que há dispositivos na lei 11.340/2006 que não contem conteúdo penal, dessa feita, nem toda atitude vai ensejar em delitos, e menos ainda em inquérito policial.

A Lei 11.340, a chamada Lei Maria da Penha, que cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar e garantir a integridade física, psíquica, sexual, moral e patrimonial [...] As formas de violência elencadas deixam evidente a ausência de conteúdo exclusivamente criminal no agir do agressor. A simples leitura das hipótese previstas em lei mostra que nem todas as ações que configuram violência doméstica constituem delitos. Além do mais, as ações descritas, para configurarem violência doméstica, precisam ser perpetradas no âmbito da unidade doméstica ou familiar ou em qualquer relação íntima de afeto (DIAS, 2010).

Apesar das pequenas divergências doutrinárias postas, *data vênia*, o mais sensato parece acatar o que ensina Porto (2015). Depreende-se nos termos por ele mencionado, que a lei em comento inovou um novo modelo ao ser criado um modelo diferenciado na prestação jurisdicional do sistema jurídico, desse modo, a lei 11.340/2006 inaugura o envolvimento multidisciplinar, utilizando-se de vários ramos do Direito para combater a violência doméstica. Nessa esteira, o art. 14 da lei mencionada contempla a criação dos juizados especiais para atender as demandas da violência doméstica com competência cível e criminal para um mesmo fato jurídico. Porto ainda esclarece:

Como se vê, a lei 11.340/2006 pretende especializar um novo subsistema institucional dentro do sistema de justiça, com atribuições muito próprias: competência cível e criminal, assim a tradicional dicotomia cível e criminal, podem ser superadas nesses juizados, onde ambos os reflexos legais – cível e criminal – de uma mesma relação intersubjetiva instabilizada por atos de violência domestica ou familiar contra a mulher serão apreciados sob única e comum instância judicial. (PORTO 2014, p. 89)

3.2 MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA

Feitas essas considerações, importa agora adentrar na questão central da Lei Maria da Penha, que são as medidas protetivas de urgência. Como dito alhures, essas medidas se sobressaem como o grande trunfo da lei 11.340/2006. Por essas medidas descritas na lei, serão mobilizados todos os agentes responsáveis para conter a violência perpetrada, ou de evitar outra iminente violência no âmbito doméstico.

É publico e notório que quando qualquer pessoa sofre qualquer tipo de

violência, a sua primeira reação é procurar à autoridade policial para delatar o fato e com isso ter a resposta estatal no combate ao crime denunciado, pois bem, seguindo essa tradição o artigo 10 da lei 11.340/2006 menciona que “a autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência adotará, de imediato, as providências legais cabíveis”, de maneira que a autoridade policial é o primeiro agente estatal a ter contato com a vítima, ou melhor, com a mulher que sofreu a violência doméstica. De modo que deve o delegado, tomar as primeiras providências que possa ser conveniente, dentre outras, aquelas elencadas na lei, visando cessar, ou impedir uma iminente violência.

Dentre as providências legais, o parágrafo único do art. 10 da Lei Maria da Penha menciona que deve a autoridade policial, também tomar as providências cabíveis no caso de descumprimento de alguma medida protetiva que fora deferida pelo juizado de violência doméstica e familiar, ou de uma das varas criminais (JESUS, 2015, p. 59) onde não houver a especialidade.

O artigo 12º da Lei Maria da Penha (LMP) utiliza o termo procedimento, para indicar outras atividades policiais, diferentemente dos artigos 10º e 11º, que emprega o termo providências para as diligências mais imediatas. Segundo, Porto (2015, p. 90) as providências visam maior agilidade, as questões que são mais imediatas e informais, ao passo que os procedimentos devem obedecer aos trâmites burocráticos observando-se estritamente as formalidades da lei, visto que objetivam a formação dos autos de inquérito policial, a representação e ainda o pedido das medidas cautelares de prevenção, qual seja, as medidas protetivas de urgência. Veja-se o texto da lei 11.340/2006 no seu art.12 onde enumera todas as providências legais:

Art. 12. Em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, feito o registro da ocorrência, deverá a autoridade policial adotar, de imediato, os seguintes procedimentos, sem prejuízo daqueles previstos no Código de Processo Penal:

I - ouvir a ofendida, lavrar o boletim de ocorrência e tomar a representação a termo, se apresentada;

II - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e de suas circunstâncias;

III - remeter, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, expediente apartado ao juiz com o pedido da ofendida, para a concessão de medidas protetivas de urgência;

IV - determinar que se proceda ao exame de corpo de delito da ofendida e requisitar outros exames periciais necessários;

V - ouvir o agressor e as testemunhas;

VI - ordenar a identificação do agressor e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes criminais, indicando a existência de mandado de prisão ou registro de outras ocorrências policiais contra ele;

VII - remeter, no prazo legal, os autos do inquérito policial ao juiz e ao Ministério Público.

§ 1º O pedido da ofendida será tomado a termo pela autoridade policial e deverá conter:

I - qualificação da ofendida e do agressor;

II - nome e idade dos dependentes;

III - descrição sucinta do fato e das medidas protetivas solicitadas pela ofendida.

§ 2º A autoridade policial deverá anexar ao documento referido no § 1º o boletim de ocorrência e cópia de todos os documentos disponíveis em posse da ofendida.

§ 3º Serão admitidos como meios de prova os laudos ou prontuários médicos fornecidos por hospitais e postos de saúde.

Observa que conforme o inciso III (terceiro) a autoridade policial tem o prazo de 48 (quarenta e oito) horas, para remeter ao juiz o procedimento contendo o pedido da ofendida, para que o magistrado conceda as medidas protetivas de urgência. Esse pedido não se confunde com o inquérito, conforme o inciso VII (sete) do mesmo artigo, que é remetido posteriormente ao Juiz e ao Ministério Público (MP), que dentre outras diligências, pode também solicitar as medidas protetivas. Dessa feita são legitimados para solicitar as medidas protetivas o MP e a vítima, essa a faz por meio de termo tomado pelo delegado, não precisando de advogado para essa finalidade, todavia Porto (2014, p.102) adverte que nada impede se a ofendida desejar fazer esse pedido, por meio de advogado, ou defensor público.

As medidas protetivas de urgência estão regulamentadas no Título II da Lei 11.340/2006, compreendido dos artigos 22 aos 26, que por sua vez se dividem em três seções: Seção I, trata das disposições gerais; Seção II, remete às “Medidas Protetivas de Urgência que Obrigam o Agressor” e por fim a Seção III, que trata “Das Medidas Protetivas de Urgência à Ofendida”.

As medidas protetivas de urgências são o eixo principal da lei 11.340/2006, são por excelência o grande trunfo dessa lei. A lei em questão traz as suas particularidades, o que lhe rende o título de ser uma lei multidisciplinar, gerando diversos posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários, tais fatos se devem as medidas protetivas, pois se pode considera-las como o “DNA” da lei Maria da Penha. Amom Albernaz Pires (2011, p. 127) se refere às medidas protetivas como um instituto “sui generis” distinto das tradicionais cautelares cíveis e penais. Ainda dando destaque as medidas protetivas, Maria Berenice Dias menciona com a sua

peculiar capacidade de síntese que:

O grande mérito da lei foi assegurar a concessão de medidas protetivas de urgência. Não houve a criação de novos tipos penais, mas foi afastada a possibilidade de os delitos reconhecidos como domésticos serem considerados de menor potencial ofensivo, a ensejar o decreto da prisão em flagrante e proibir a concessão de benefícios. (DIAS, 2016)

A lei Maria da Penha traz, no seu corpo textual, diversas medidas protetivas para serem aplicadas aos casos concretos de violência doméstica e familiar. Entretanto definir a natureza jurídica das medidas protetivas, parece não ser uma tarefa tão fácil para doutrina e a jurisprudência, tanto que Didier (2012, p.4) afirma que “subsiste um verdadeiro princípio da atipicidade das medidas protetivas de urgência”.

Assim como também não é tão simples situar e classificar a própria lei 11.340/2006 dentro do ordenamento jurídico, do mesmo modo ocorre com as medidas protetivas, haja vista que a determinação da natureza jurídica dessas medidas, vai refletir decididamente para esclarecer a natureza jurídica da própria lei, visto que essa também é atípica. As medidas protetivas, são uma espécie de DNA da lei que as integram, e tudo que se falar a respeito das medidas protetivas, há de se valer também para a própria lei.

Segundo Bechara (2010, p. 2), a determinação da natureza jurídica de um instituto vai além de mera cogitação teórica, a sua finalidade prática é de suma importância, haja vista a grande quantidade de julgado com diferentes posicionamentos para uma mesma questão, o que se deve, quase sempre, a não exata classificação da natureza jurídica do instituto que envolve os dilemas jurídicos. Bechara (2010, p. 5) defende que as medidas protetivas tem natureza cível em virtude de tais medidas regulamentarem relações de interesses conflitantes entre as partes envolvidas: “O que determina a natureza jurídica de um instituto é sua relação com o objeto da disciplina paradigma.” Desse modo para se determinar a natureza jurídica das medidas protetivas, deve-se confronta-las com as definições sedimentadas nos direitos penal e civil.

Segundo Porto (2014, p. 106), as medidas protetivas, nada mais são do que medidas cautelares, tendo os mesmos pressupostos do processo civil, nesse caso a cautelar pode ser deferida sem ouvir o agressor (*inaldita altera a pars*), também não

é necessário produzir provas, ou seja, o *fumus comisi delicti*, e o *periculum in mora*.

Em sentido diferenciado, Didier (2012, p. 1) leciona que as medidas protetivas de urgência comparam-se com “medidas provisionais”, com certas mudanças de ordem históricas. O professor segue explicando, que as medidas provisionais podem ser obtidas por meio de medida cautelar, todavia não traz o conteúdo cautelar, mas de caráter satisfativo.

A jurisprudência, por vezes, também tem visto nas medidas protetivas à natureza satisfativa da esfera cível, e mais ainda que não dependa de se vincular a processo anterior, para serem deferidas. Nesse sentido tem-se o julgado abaixo:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. MEDIDAS PROTETIVAS DA LEI N. 11.340/2006 (LEI MARIA DA PENHA). INCIDÊNCIA NO ÂMBITO CÍVEL. NATUREZA JURÍDICA. DESNECESSIDADE DE INQUÉRITO POLICIAL, PROCESSO PENAL OU CIVIL EM CURSO.

1. As medidas protetivas previstas na Lei n. 11.340/2006, observados os requisitos específicos para a concessão de cada uma, podem ser pleiteadas de forma autônoma para fins de cessação ou de acautelamento de violência doméstica contra a mulher, independentemente da existência, presente ou potencial, de processo-crime ou ação principal contra o suposto agressor.

2. Nessa hipótese, as medidas de urgência pleiteadas terão natureza de cautelar cível satisfativa, não se exigindo instrumentalidade a outro processo cível ou criminal, haja vista que não se busca necessariamente garantir a eficácia prática da tutela principal. "O fim das medidas protetivas é proteger direitos fundamentais, evitando a continuidade da violência e das situações que a favorecem. Não são, necessariamente, preparatórias de qualquer ação judicial. Não visam processos, mas pessoas" (DIAS. Maria Berenice. A Lei Maria da Penha *na justiça*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012).

3. Recurso especial não provido. (STJ- Resp 1.419.421/GO. Quarta Turma. Y.S. Ministro Relator Luis Felipe Salomão. Data do julgamento 11/02/2014, Quarta Turma, Data de publicação: Diário da Justiça 07/04/2014)

É preciso frisar que dentre as medidas protetivas, apesar de possuir a predominância das medidas na esfera cível, também há aquelas que trazem um conteúdo de caráter patrimonial, do mesmo modo as que são estritamente penal, assinalando assim o caráter multidisciplinar, próprio das medidas protetivas e, por conseguinte medidas cautelares voltada ao âmbito penal. Nesse diapasão se assentam as palavras de Rayssa Barbosa Santos:

É importante, também, atentar para o fato que as medidas protetivas possuem prioritariamente um caráter cível. As medidas protetivas podem versar sobre o direito de locomoção do ofensor como podem lhe obrigar a prestar alimentos, proibição para alguns atos da vida civil, entre outros. No entanto, a modalidade de prisão cautelar somente se aplica aos processos

penais e à instrução, posto que a prisão civil é vedada na legislação brasileira. (SANTOS 2015, p.48)

Como dito, não é uma tarefa simples definir a natureza jurídica das medidas protetivas. Não se sabe se a dificuldade está no próprio texto da lei, o que se tem de certo é que na verdade a questão aparenta está distante para se chegar ao consenso, seja pela doutrina, seja pela jurisprudência. Contudo, convém aqui finalizar a discursão destacando o posicionamento de Amom Albernaz Pires (2011, p.30), para o jurista as medidas protetivas de urgências além de possuírem um caráter extrapenal, também não se confunde com as medidas antecipatórias e cautelares da esfera cível, pois os requisitos de apreciação são diferentes. Logo para que uma medida protetiva seja deferida, ou não, o magistrado vai se pautar num juízo cognitivo sumário, partindo das verossimilhanças das declarações da vítima e da situação geradora da violência. Não utilizam assim, os requisitos das tutelas cíveis e das penais, quais sejam, *o fumus boni juris e periculum in mora* nos casos das cautelares cíveis, e *fumus comissi delicti e periculum libertatis*, requisitos previstos para conceder as cautelares penais. Importa ressaltar a importância de suas palavras reproduzindo-as literalmente:

As medidas protetivas têm natureza jurídica cível sui generis no sentido de constituírem ora ordens mandamentais satisfativas, ora inibitórias e reintegratórias (preventivas), ora antecipatórias, ora executivas, todas de proteção autônomas e independentes de outro processo, as quais visam proteger os bens jurídicos tutelados pela Lei Maria da Penha e não proteger eventual futuro ou simultâneo processo cível ou penal. Assim, as medidas protetivas se distinguem das medidas cautelares previstas no CPP e no CPC e com elas não se confundem. O deferimento das medidas protetivas não depende do interesse da vítima na persecução penal e, uma vez deferidas as medidas, a manutenção de sua vigência, embora transitória, não depende da propositura de eventual ação cível ou penal.

Infere-se pelo texto da lei 11.340/2006 (art. 19, § 2, e art. 22 caput) que o magistrado pode aplicar outras medidas que a julguem necessárias, visto que o rol apresentado pela lei não é taxativo, assim as medidas protetivas pode vir acompanhadas de outras medidas de natureza cautelar, seja cível, ou penal. Contudo a própria lei menciona duas espécies de medidas protetivas de urgências, as que obrigam ao agressor e as que se direcionam a ofendida.

Porto (2014, p. 103) denomina as medidas que obrigam ao agressor como sendo, medidas cautelares direcionadas para o sujeito ativo da violência, impondo a esse agente, restrições e obrigações. Ao passo que as medidas que se direcionam a

vítima têm o condão de auferir a restituição dos direitos violados decorrentes da violência. Importam mencionar aqui todas as medidas que obrigam ao agressor, que estão inseridas no artigo 22, e as que se direcionam a ofendida, presentes nos artigos 23 e 24 da lei 11.340/2006, *in verbis*:

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I – suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

II – afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III – proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) frequentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV – restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V – prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

§ 1º As medidas referidas neste artigo não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem, devendo a providência ser comunicada ao Ministério Público.

§ 2º Na hipótese de aplicação do inciso I, encontrando-se o agressor nas condições mencionadas no caput e incisos do art. 6º da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, o juiz comunicará ao respectivo órgão, corporação ou instituição as medidas protetivas de urgência concedidas e determinará a restrição do porte de armas, ficando o superior imediato do agressor responsável pelo cumprimento da determinação judicial, sob pena de incorrer nos crimes de prevaricação ou de desobediência, conforme o caso.

§ 3º Para garantir a efetividade das medidas protetivas de urgência, poderá o juiz requisitar, a qualquer momento, auxílio da força policial.

§ 4º Aplica-se às hipóteses previstas neste artigo, no que couber, o disposto no caput e nos §§ 5º e 6º do art. 461 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil).

Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas:

I – encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;

II – determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;

III – determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;

IV – determinar a separação de corpos.

Art. 24. Para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medidas, entre outras:

I – restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida;

II – proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial;

III –

conferidas pela ofendida ao agressor;

IV – prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida.

Parágrafo único. Deverá o juiz oficiar ao cartório competente para os fins previstos nos incisos II e III deste artigo.

Dentre as medidas protetivas enumeradas na lei, serão aprofundadas as que têm mais relevância de interesse para esse trabalho monográfico. Sem embargos, a primeira medida elencada no art. 22, I, diz respeito à suspensão da posse ou restrição do porte de armas. Tal medida visa de imediato em desarmar o agressor para que se evite uma tragédia futura com o uso dessa arma de fogo. Segundo Porto (2014, p. 109) é preciso diferenciar quando o agente agressor tem o porte legal de arma, e quando não possui autorização para portar arma, nesse caso deve-se fazer uma busca e apreensão imediata e obviamente o sujeito vai responder por porte ilegal, nos demais casos cabe ao juiz examinar as circunstancia do caso concreto, visto aí o conflito de direito de poder portar uma arma e a segurança da vítima, para ilustrar, no caso do agressor ser um policial.

Outra medida impõe que o agressor deve se afastar do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida, essa medida protetiva elencada no art. 22, II, se aproxima bastante, com o inciso III, alínea a, do mesmo artigo, onde se impõe, certas restrições de condutas ao agressor, dentre outras, a de não se aproximar da vítima. Mais ainda se nota que essas duas medidas mencionadas terão os mesmos efeitos práticos da medida de separação de corpos, do inciso IV do art. 23. Como se nota, os textos legais levam a um só efeito real de ordem prática, qual seja, a separação de corpos dos pares envolvidos no conflito. Essa por sua vez, nada mais é do que uma separação de fato revestida por ordem judicial. Desse modo, poderia o legislador ter condensado o texto legal, visto tratar-se praticamente de um mesmo efeito. Para Maria Berenice Dias, a separação de corpos e a separação de fato, tem o mesmo efeito, apesar dos conceitos jurídicos serem diferentes, vejamos:

Separação de fato e separação de corpos não se confundem, ainda que tenham o mesmo efeito: colocar um ponto final à vida em comum. A separação de fato ocorre quando um cônjuge se afasta de casa por iniciativa própria sem qualquer interferência do Poder Judiciário. Já a separação de corpos – consensual ou litigiosa – depende de decisão judicial. (DIAS 2010, p. 3)

Nesse mesmo sentido, está a lição de Porto (2014, p.115): “Esta medida, já há tempo empregado no direito de família, como medida cautelar de separação de

corpos, e que, vem de certo modo repetida no art. 23, IV, da LMP [...]”, assim parece apontar para o que foi dito aqui, quando o autor tece comentários a despeito do art.22, II – “afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida”.

O doutrinador ainda rebate a medida de separação de corpo por fazer parte do rol das medidas protetivas, visto ser a medida de separação de corpos uma medida cautelar do direito civil e ter finalidade totalmente diferenciada para servir como medida protetiva. Para demonstrar que o instituto foi desvirtualizado e que não apresenta nenhum sentido no embate à violência, conceitua a medida cautelar de separação de corpos:

Na verdade trata-se de medida cautelar, própria das pessoas casadas ou em união estável que buscam autorização judicial para afastar-se do marido, ou convivente no curso da ação de separação, dissolução da união estável, ou anulação de casamento. Assim, judicialmente autorizadas pela separação de corpos, ficariam suspensos os deveres de coabitação e convivência, inclusive sexual, próprios dos conviventes e casados. (PORTO, 2014, p. 116)

No artigo 22. III, b, em que se impõe ao agressor medida para se abster de qualquer contato com a ofendida, seus familiares, e testemunhas por qualquer meio de comunicação, verifica-se a possível frustração de um filho menor que ainda não tem maturidade para compreender a finalidade da medida protetiva, e que possivelmente já fora afastado do pai em decorrência de outras medidas protetivas, como a separação de corpos, assim seria uma medida prejudicial aos filhos menores se esses não tiverem ligação direta com o conflito dos pais. Pode essa medida entrar em conflito direto com o direito de visita do pai e de seus filhos menores, devendo essa medida estar em total consonância com a medida de restrição ou de suspensão de visitas aos dependentes menores, imposta ao pai, após ser ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar (art. 22. IV).

No que tange ao atendimento multidisciplinar, é de se esperar um problema aqui de ordem estrutural, pois é sabido que a estrutura de manter uma equipe com profissionais variados e capacitados para esse fim são precisamente precários no país como um todo, e nesse ponto a lei é quase inócua, e na prática acaba-se improvisando dando oportunidade para muitas injustiças e descumprimento ao direito de visita do pai, e dificilmente a vítima vai procurá-lo para que esse tenha seu direito de visita preservado, é quase certo que vai tentar impedir o pai visitar o filho por diversos fatores pessoais.

Por fim o art. 22, V remete a medida protetiva da prestação de alimentos provisionais ou provisórios. Segundo Porto (2014, p. 114) o legislador mandou bem ao usar as duas expressões “provisionais ou provisórias”, pois na prática evita discursões doutrinárias de pouca utilidade prática, na mesma linha o autor assevera que alimentos provisionais ou provisórios remetem para fixação de alimentos antes de uma decisão definitiva. O que de certa forma vai encorajar a mulher vitimada levar a frente à violência sofrida, visto que muitas vítimas, por depender economicamente do agressor acabam deixando de oficializar a denúncia, ou desiste de colaborar quando já tramita processo em fase posterior as medidas.

As medidas protetivas elencadas no art. 23 são destinadas a proteção da vítima, todavia a lei enquadra os filhos menores da vítima, em alguns casos, como sujeito de direito que também recebe os reflexos das medidas protetivas, igualmente como as medidas que contemplam os direitos dispensados a mãe vitimada.

Como medida de proteção, o juiz pode encaminhar à ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento, vale mencionar que a lei não menciona filhos menores, mais dependentes, assim abre margem para discursões de quem possa ser os dependentes, e ainda mais, dependentes em que sentido?

O inciso II do art. 23, traz em sua redação que o magistrado pode “determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor”, segundo Porto (2014, p. 116) o termo usado na lei “determinar” está no sentido de autorizar, visto que a vítima não pode ser obrigada, pois se assim fosse teria uma imposição legal, o que tornaria a vitimar outra vez a ofendida. Porto (2014, p.116) leciona ainda que nessa condição de estar fora do lar, não cabe à mulher a acusação de “abandono do lar”, visto que ela se afastou por um estado de necessidade, temendo pela sua segurança pessoal e também a dos filhos menores. E ainda temos a medida de separação de corpos, que já mencionamos a sua semelhança com outras medidas, contudo essa medida visa afastar o agressor da convivência da vítima e de seus familiares, ainda que sejam filhos menores do casal, no que pese a separação de corpo, não se resta dúvida, que é uma medida que deve ser proferida em consonância com outras medidas, como a da prestação de alimentos provisórios e a de direito de visitas, se no caso concreto assim for viável.

No artigo 24, a Lei Maria da Penha prevê a concessão de medidas protetivas

para resguardar os bens patrimoniais pertencente ao casal, ou somente da vítima.

Verifica-se que no inciso IV do art. 24 da lei em comento, que pode também o juiz ceder a medida protetiva para sanar futura reparação a vítima por eventuais perdas e danos. A lei determina que seja feita uma caução provisória por meio de depósito judicial, como garantia de futura indenização em favor da ofendida. Muito embora o texto não se refira aos dependentes da ofendida, também seria louvável se os incluísse expressamente, visto serem sujeitos de direito e se encontrar na mesma situação de sofrerem danos materiais e principalmente morais, pois podem ter consequências psicológicas gravíssimas em virtude do conflito gerador da violência.

Ensina Porto, que muito embora o texto da lei não mencione danos morais, todavia esses serão incluídos no montante total da reparação, conforme deixa evidente em suas palavras:

Salienta-se, que a lei não se refere a danos morais, excluindo-se, portanto, estes do direito à caução. Todavia, a avaliação do montante a ser caucionado exige algum indicativo de prova do *quantum* a ser indenizável. Assim, para instruir este pedido será conveniente prova reconstituída dos danos sofridos pela mulher – danos emergentes e lucros cessantes- seja em violência física, psicológica, patrimonial, moral ou sexual, para que o juiz determine o valor da caução. A cautelar é também relevante quando o tratamento dos danos causados pela violência se estima demorado e oneroso. (PORTO, 2014, p.119)

Por derradeiro, importa mencionar a possibilidade do magistrado também conceder medida protetiva para garantir a manutenção de emprego da vítima, em casos em que o agressor possa perseguir no seu local de trabalho, ou até mesmo trabalhar no mesmo local da ofendida, dentre outras situações.

A medida pode consistir em remoção, caso seja servidora pública, ou de afastamento do local de trabalho, por até seis meses, quando for de outro vínculo. Nessa questão a lei não menciona como ficaria a situação dos filhos, como a questão de transferência escolar, em caso em que a guarda fique com a vítima.

Feito essas considerações a respeito das medidas protetivas, é preciso dizer que a lei 11.340/06 menciona no “Art. 20. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz[...]”, tal dispositivo contribuiu para inovar o artigo 313 do Código de Processo Penal (CPP) “A inovação consistiu em acrescentar ao artigo 313 do CPP a possibilidade de prisão preventiva do ofensor para garantir o cumprimento das

medidas protetivas” (SANTOS 2015, p.47). Desse modo o descumprimento das medidas protetivas pode levar a prisão do agressor para que as medidas protetivas sejam devidamente executadas, sendo a natureza dessa prisão mais um ponto doutrinário polêmico da lei 11.340/6006. Pois parte da doutrina e jurisprudência ainda assumem diferentes posições, a título de ilustração, tem-se a opinião de Amom Albernaz Pires, para quem o descumprimento de medida protetiva constitui crime de desobediência:

Já o descumprimento injustificado das medidas protetivas configura crime de desobediência na forma do art. 330 ou do art. 359 do CP, a depender da linha jurisprudencial, tanto que o parágrafo único do art. 10 da Lei Maria da Penha impõe que a autoridade policial tome as providências cabíveis na hipótese de desobediência. (PIRES, 2011, p. 158)

Contrariamente se posiciona Júlia Maria Bechara, que assegura a hipótese de se tratar de mais uma modalidade de prisão cível, em decorrência da natureza jurídica das medidas protetivas serem da esfera cível, muito embora estejam previstas no art. 313 do CPP, é o que se extrai das suas precisas palavras:

Visto que são as protetivas medidas de natureza cível, a previsão de prisão para garantia de sua execução nada mais é do que nova hipótese de prisão civil. O simples fato de a previsão ter sido alocada no Código de Processo Penal não tem o condão de forjar a natureza criminal da sanção. (BECHARA, 2010, p.2)

No que tange a competência dos Juizados especializados em violência doméstica e familiar contra a mulher, para dirimir questões familiares decorrentes da violência doméstica, o entendimento jurisprudencial é que cabe ao juizado especializado decidir somente questões estritamente relacionadas às medidas protetivas, restando para as varas cíveis, ou de família, outras questões que comumente diz respeito a competência dessas varas, conforme julgado abaixo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. COMPETÊNCIA CÍVEL DOS JUIZADOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. AÇÃO CAUTELAR COM PEDIDO LIMINAR DE MEDIDAS PROTETIVAS. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. LEI MARIA DA PENHA. A competência cível do Juizado Especializado abrange as medidas protetivas de urgência relacionadas nos arts. 22 a 24 da Lei nº 11.340/06. Essa competência, entretanto, não afasta a que é própria das Varas de Família. Trata-se de competência concorrente. No entanto, consoante conclusão contida no Enunciado nº 3 aprovado no I FONAVID, "a competência cível dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher é restrita às medidas

protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha, devendo as ações relativas a direito de família serem processadas e julgadas pelas Varas de Família". No caso, não se trata de mero pedido de medidas protetivas, tanto assim que a agravante, por sua procuradora, ingressou com "ação cautelar com pedido liminar de medidas protetivas". Cuida-se de litígio complexo envolvendo o direito de convívio entre pai e filhos. Diante deste quadro, ainda que possuindo competência concorrente para a adoção das medidas protetivas de urgência, previstas no Capítulo II do Título IV da Lei Maria da Penha, o Juizado Especializado não é competente para conhecer e julgar a Ação Cautelar proposta pela agravante. Medidas protetivas ratificadas. Decisão quanto à redistribuição do feito mantida. Julgaram parcialmente procedente. (TJ-RS- PET:70043220177 RS, Relator: Osnilda Pisa. Data do julgamento 16/12/2013, segunda câmara Criminal, Data de publicação: Diário da Justiça 16/12/2013)

É mister dizer ainda que em casos de não deferimento das medidas protetivas, o recurso deve ser interposto na esfera cível ou criminal, observando-se estritamente se a natureza da medida protetiva a que se pretende interpor recurso é de ordem cível ou penal. Vide julgado:

RECLAMAÇÃO. VARA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. INDEFERIMENTO DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE NATUREZA CÍVEL. RECURSO PRÓPRIO. NÃO CONHECIMENTO.

1 AS MEDIDAS PROTETIVAS DE NATUREZA CÍVEL E O PROCESSO CRIMINAL SÃO ABSOLUTAMENTE INDEPENDENTES E DESAFIAM DESLINDE ESPECÍFICO, SENDO QUE O INDEFERIMENTO DAQUELAS DESAFIA RECURSO PRÓPRIO NA ESFERA CÍVEL, MAIS ESPECIFICAMENTE O DE AGRAVO DE INSTRUMENTO, TORNANDO-SE INADMISSÍVEL O MANEJO DA RECLAMAÇÃO". (TJDFT - RCL 20070020134033, Relator GEORGE LOPES LEITE, 1ª Turma Criminal, julgado em 07/02/2008, DJ 25/03/2008)

Apesar do entendimento jurisprudencial apontar para a separação da matéria a ser analisada em sede recursal, todavia parte da doutrina ainda discorda e afirma que os recursos devem ser apreciados na esfera penal. Nessa linha, tem-se Kisleu Ferreira (2012) que defende que não há cabimento para essa divisão, em virtude das medidas protetivas terem como causa primeira a natureza penal, pois lida com o direito de ir e vir. Outro ponto importante observado por Ferreira, diz respeito à aplicação do princípio da unidade recursal, e exemplifica referindo-se a interposição de um recurso com caráter cível, e outro de caráter penal, o que seria uma afronta a esse princípio.

4 OS IMPÁCTOS JURÍDICOS-SOCIAIS DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA DA LEI MARIA DA PENHA EM RELAÇÃO AS CRIANÇAS E/OU ADOLESCENTES

Ao entrar no ordenamento jurídico pátrio a Lei Maria da Penha (LMP) foi alvo de duras críticas por parte da doutrina e por algumas jurisprudências, haja vista a enorme gama de controvérsias, logo que a LMP entrou em vigor, sendo alvo de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4424), de Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), em fim com pouco mais de dez anos, a LMP continua a instigar e a provocar diversos posicionamentos.

O artigo 7º da lei mencionada define as formas de violência contra a mulher, as quais são: violência física, violência psicológica, violência sexual, violência patrimonial e violência moral. Como dito alhures, o mecanismo, criado pela própria lei, para inibir todas essas formas de violência são as medidas protetivas de urgência que são emanadas do magistrado, dentro do prazo de 48 horas, a contar da solicitação feita pela vítima e tomadas a termo pelo autoridade policial.

Não se duvida que a finalidade maior da lei Maria da Penha ao ganhar existência no ordenamento jurídico pátrio, é a proteção integral da mulher contra qualquer forma de violência. Também não restam dúvidas que as medidas protetivas assumam o papel fundamental para que haja efetivamente a proteção integral a mulher, a qual a Lei 11.340/2006 se propõe. Todavia é preciso considerar que na maioria dos casos a vítima, no caso a mulher, é geralmente mãe de filhos menores, os quais são sujeitos de direito e podem ser atingidos, direta ou indiretamente, pelas medidas de proteção previstas na lei 11.340/2006.

A Lei Maria da Penha não pode ficar alheia à proteção aos filhos menores da vítima, limitando-se somente em garantir os alimentos provisionais, ou provisórios, bem como, em apenas restringir, ou suspender as visitas do pai agressor aos filhos, e ainda manda-los para abrigos desestruturados, como se fazia na doutrina da situação de risco.

Há outros vieses pelos quais é necessário um olhar mais minucioso, no que tange aos direitos dos filhos menores da vítima, sobretudo quando esses têm seus direitos violados, ou ameaçados em consequências das medidas imposta ao agressor, ou até mesmo para as medidas direcionadas a proteção da ofendida.

A vítima da violência doméstica, e que também é mãe de filhos menores,

pode sofrer outra violência, de ordem psicológica, ao ver seus filhos sendo atingidos pelos reflexos jurídico-sociais das medidas protetivas da LMP. Desse modo, a ofendida passa a ser novamente vitimada, agora juntamente com seus filhos, e o agressor deixa de ser o pai dos filhos da vítima, e passa a ser aquele que deveria proteger, ou seja, o Estado-juiz.

Haja visto, que se o Estado-jurisdicional emite uma ordem legal e não se resguarda das consequências dessa ordem, principalmente para proteger direitos fundamentais, está por sua vez, o próprio Poder Público violando direitos legalmente estabelecidos. E num Estado Democrático de Direito, o Estado tanto é passível de direitos, como é de obrigações, sofrendo os limites legais que ele próprio estabeleceu.

Nesse diapasão, o ECA deve se sobrepor, pelo princípio da prioridade absoluta, pelo melhor interesse dos infantes, a outras leis infraconstitucional. Conforme preceitua bem o artigo 70 do ECA: “é dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente”. E ainda o Princípio do Melhor Interesse dos Infantes, com base nesse princípio, na interpretação do ECA ou de qualquer outra lei, os interesses do menor devem sempre prevalecer, colocando, por conseguinte, em xeque a interpretação de outros dispositivos jurídicos que confronte direta, ou indiretamente com os princípios mandamentais da doutrina da proteção integral.

A Lei Maria da Penha entrou no ordenamento jurídico por força dos movimentos feministas, e tratados internacionais. A lei veio com o intuito de combater a violência de gênero no âmbito das relações domésticas e familiar, haja visto que os dados estatísticos apontam números alarmantes, e como consequências vem muitas críticas aos órgãos governamentais e jurisdicionais, e como resultado de tamanha pressão, se vê na ordem jurídica a saída, pelo menos transitória, ou até mesmo experimental.

É a cultura jurídica de tentar regrar tudo que sai do controle, e demonstrar os fracassos das outras áreas, onde poderia estar a verdadeira solução, como a implementação de políticas públicas, na educação de qualidade, na saúde e até mesmo de transformação social para combater estigmas culturais.

Não obstante, já foi demonstrado aqui que a violência de gênero está mais ligada a uma mudança sociocultural, em face da sociedade ainda está atrelada a resquício histórico-cultural de uma sociedade machista e conservadora. Por

consequente, foi demonstrado também, que não vai adiantar encher o ordenamento jurídico de lei, formando assim um emaranhado jurídico, onde nem a doutrina, nem a jurisprudência conseguem se entender a ponto da divergência decisória ser vista em um mesmo órgão julgador. “O problema não é jurídico é social” (LUIZ, 2015, p.35).

Enfim, é sabido que por muitas vezes que o Estado é deficiente nas políticas de prevenção, pois se exige bem mais planejamento e esforço por parte do Poder Público, com isso se criam cada vez mais, soluções jurídico-populistas e paliativas, para dar uma sensação de justiça para sociedade. Senão, vejamos as palavras do doutrinador Nucci (2007, p.1041):

O mais, inserido no art. 2º da Lei 11.340/2006, é pura demagogia, pretendendo solucionar problemas de ordem basicamente social com a edição de leis e mais leis, que, na prática não saem do papel, jamais atingindo a realidade. Aliás, as mulheres vêm lutando, há anos, pela plena igualdade com os homens, o que é muito justo, não sendo cabível, portanto, afirmações dessa natureza: toda mulher goza dos direitos humanos fundamentais. O óbvio não precisa constar em lei, ainda mais se está dito em termos mais adequados, pelo texto constitucional de maneira expressa [...].

Diante dessa possível produção legislativa demagógica da lei em comento, surgem certas indagações: será que na fixação de medidas protetivas há a preocupação em proteger a família como um todo e preza pelo melhor interesse dos infantes? Ou há um tratamento apenas de forma paliativa e superficial? Se assim for tem-se uma falta de diálogo entre os dispositivos da lei da Maria da Penha com o ECA, em outras palavras pode-se estar diante de uma contradição jurídica, o que a doutrina chama de antinomia, e há de se compreender o Direito como um sistema dialógico entre as leis que integram o ordenamento pátrio, embora não seja esse o nosso foco, todavia importa mencionar Flávio Tartuce (2016, p. 39): “A antinomia é a presença de duas normas conflitantes, válidas e emanadas de autoridade competente, sem que se possa dizer qual delas merecerá aplicação em determinado caso concreto (lacunas de colisão).”

Já foram mencionadas as medidas protetivas do artigo 22 da lei 11.340/2006, as quais obrigam o agressor. Mas, faz-se necessário retornar a elas, agora as analisando sob o enfoque de como pode interferir de algum modo nos direitos infante-juvenis. A primeira medida imposta ao agressor, trata-se da posse ou restrição de arma de fogo, de tal medida já foram tecidas algumas considerações no capítulo anterior e não se contempla importância relevante que possam interferir nos

direitos dos filhos da vítima, obvio que essa medida também tem o condão de evitar uma tragédia familiar como um todo, pois além de preservar uma agressão à mulher, também evita que um disparo de arma possa atingir um filho da vítima, mesmo que seja de forma acidental.

A segunda medida protetiva diz respeito ao afastamento do agressor do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida, tal medida traz muita semelhança com outras medidas que se direcionam ao agressor, como a que o proíbe de determinadas condutas, entre as quais a de se aproximar da ofendida e de seus familiares.

A medida de separação de corpos está inserida no texto da lei no artigo 23. IV, está classificada como medida para proteger a ofendida, entretanto opta-se falar agora dessa medida, haja vista que na prática, ela gera o mesmo efeito fático da medida que obriga ao agressor manter uma distância, determinada pela autoridade judicial, tanto da vítima como de seus familiares, ou testemunha. Há ainda outra medida que se assemelha com a da separação de corpos, é a medida que obriga ao agressor de não frequentar determinados lugares onde haja grande possibilidade de encontrar-se com a ofendida, que geralmente vem atrelada à proibição de manter qualquer tipo de contato, seja com ofendida, seja com os familiares dela. Em suma a ordem é “mantenha a distancia”. A diferença crucial é que na determinação da separação de corpos, os dois corpos que devem ficar separado é o da vítima e do agressor, e geralmente ocorre com a saída do cônjuge varão, ou companheiro do lar. E como resultado inevitável se afasta o pai dos filhos, pois estamos considerando sempre a hipótese em que há filhos menores de 18 anos.

Ora, que o agressor não se aproxime da ofendida é perfeitamente aceitável, visto que é para se evitar outras violências. Contudo a determinação judicial para o agressor não se aproximar dos parentes da vítima, incluindo aí filhos da vítima e do o agressor, já remete a conclusão que essa medida por si só, já é uma ofensa ao direito de visita, tanto da criança, como do pai, visto que ambos têm esse direito assegurado pelo ordenamento jurídico. Portanto, não se pode assegurar que desavenças entre os pais resultem em cerceamento de direito deste pai poder continuar amando e se aproximando dos filhos.

É obvio que se o pai no caso concreto, também causou violência familiar contra os filhos da vítima, esses também são vítimas e não só pode, mas deve a proteção se estender com acumulação de outra medida, escolhendo o melhor para a

criança ou adolescente, e impedir que o agressor se aproxime também deles.

Segundo Amaral (2013) somente a medida protetiva de urgência de restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores tem o poder de impedir, ainda que temporária, a visitação do pai dos infantes. A nenhuma outra medida protetiva é conferida este efeito de interferir no direito de visita.

Desse modo, se há medidas que impede o agressor de se aproximar dos filhos da vítima, não devem essas medidas serem aplicadas isoladamente, sem cumular com outra medida protetiva que trata realmente da questão da visita paterna. É o caso das medidas de afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida, da medida que obriga o agressor de não se comunicar e da não aproximação dos familiares da ofendida, incluindo-se aí, os filhos menores, do mesmo modo, a medida de separação de corpos, que vai acarretar no afastamento do pai com os filhos. Assim é inevitável, quase sempre, a aplicação conjunta das medidas protetivas, e se necessário outras, que advenham do poder geral de cautela do magistrado, para que o fim das medidas protetivas surta seus efeitos jurídicos propostos, e não entre em contradição entre elas mesmas, ou com as medidas para proteção de toda a família, principalmente com as que dizem respeito aos direitos estabelecidos no ECA.

Embora o artigo 19, § 2º da lei 11.340/2006, mencione que as medidas protetivas podem ser aplicadas isoladamente, não há como se prever essa hipótese, quando o casal apresenta filhos menores, pois geraria uma contradição com outras medidas dessa mesma lei, e mais ainda com outros dispositivos legais, no caso o ECA, muito embora não esteja explícito na lei 11.340/2006, como se denota:

As medidas protetivas de urgência serão aplicadas isolada ou cumulativamente, e poderão ser substituídas a qualquer tempo por outras de maior eficácia, sempre que os direitos reconhecidos nesta lei forem ameaçados ou violados.

Ainda importa frisar, que o magistrado deveria sempre consultar o parecer da equipe de atendimento multidisciplinar, para concluir no caso concreto, o melhor para os infantes, e ainda ouvir a opinião do maior de 12 anos para decidir sobre a guarda provisória, em concordância com a Equipe de Atendimento Multidisciplinar. Tudo em consonância com o artigo 30 da lei mencionada, mesmo tendo apenas o curto prazo de 48 horas para emitir as medidas cabíveis, não se deve desprezar a opinião especializada para o melhor interesse dos filhos, *In verbis* :

Art. 30. Compete à equipe de atendimento multidisciplinar, entre outras atribuições que lhe forem reservadas pela legislação local, fornecer subsídios por escrito ao juiz, ao Ministério Público e à Defensoria Pública, mediante laudos ou verbalmente em audiência, e desenvolver trabalhos de orientação, encaminhamento, prevenção e outras medidas, voltados para a ofendida, o agressor e os familiares, com especial atenção às crianças e aos adolescentes.

Conforme o dispositivo legal já apresentado verifica-se que as medidas protetivas também poderão ser substituídas por outras, na observância de que as medidas impostas não estão surtindo seus efeitos pretendidos, ou ainda esteja essas medidas causando ameaças, ou até mesmo a própria violação dos direitos estabelecido.

Isso posto, cabe mencionar o que ainda ensina Amaral (2013), para o jurista se o agressor, como pai, está se valendo da visitação aos filhos menores da vítima e não demonstra nenhum afeto por eles, mas usa esse pretexto de visita para de qualquer modo se aproximar da vítima, e com isso dá continuidade a violência que fora impedida pelas medidas protetivas; o magistrado deve usar de outras medidas, podendo até cessar as visitas, como também pode oficializar uma terceira pessoa para levar os filhos até ao pai, a depender de cada caso particular.

É comum nos casos de violência doméstica que resultam em medidas protetivas em que a guarda dos filhos menores fiquem sempre com as mães, muito embora essa decisão sobrevenha de um juízo cognitivo sumário do magistrado, visto que ele está tendo o primeiro contato com os fatos jurídico e vai ter que aplicar o que determina a lei no prazo legal de 48 horas. Desse modo, se além da mulher o agressor também causou algum tipo de violência aos filhos, então é óbvio que a guarda desse filho vai ficar com a mãe.

Todavia, há situações variadas, as quais o Direito vai ter que dar uma solução satisfatória e justa, inclusive com a possibilidade de afastar do lar a mulher por meio da medida da separação de corpos, seja para sua própria proteção, seja para a proteção dos filhos. Podendo ocorrer esse afastamento dela do lar, no caso em que ela seja o pivô de todo desequilíbrio da relação do casal, trazendo consequências para todo núcleo familiar, no que pese mais ainda na transgressão dos direitos das crianças e dos adolescentes filhos do casal, devendo prevalecer o melhor interesse para esses. Vejamos a esclarecedora lição de Maria Berenice Dias e Roberta Vieira Larratá:

Sempre há que se atentar ao caráter especial do direito das famílias, sobretudo quando está em jogo a unidade familiar, que goza de especial proteção do Estado (CF 226). Imperioso a proteção dos interesses dos cônjuges que buscam o fim do relacionamento conjugal, assim como dos filhos, muitas vezes, os maiores atingidos pelo desenlace familiar. Compete ao juiz a difícil tarefa de decidir pelo afastamento de um dos cônjuges. É recomendada a permanência no lar de quem fica com a guarda dos filhos menores. De qualquer modo, cabe impor o afastamento daquele que perturba a vida do casal, em face dos graves reflexos que pode produzir à formação do desenvolvimento psicológico dos filhos. Cabe afastar quem é acusado de violência doméstica. Além da retirada da residência, pode ser imposto que o agressor não se aproxime dos membros da família, podendo o juiz estabelecer a distância a ser respeitada (LMP 22, III, a). Aquele que for afastado não pode alegar violação ao direito genérico de ir e vir, posto que o direito de moradia, assegurado de modo exclusivo ao outro consorte, resguarda o princípio da inviolabilidade do domicílio (CF 5º, XI). (DIAS e LARRATÉA, 2010, p.11-12).

Pode-se ainda inferir nas palavras das autoras, que nem sempre a medida protetiva que tem como objetivo de afastar o cônjuge varão, ou o companheiro do lar, vai estar em consonância com o princípio que preza pelo melhor interesse dos infantes, se, por exemplo, uma mãe desleixada passa o dia sem alimentar o filho, e se o pai dessa criança chega à noite do trabalho e encontra o filho desfalecido por falta de alimentação e em defesa do filho, o pai vai tomar providências, não a agredindo fisicamente, e mesmo assim essa mãe pede medidas protetivas alegando outras formas de violência, como a psicológica, e o juiz de plano acata o pedido, afastando esse pai do lar, sem o apoio do estudo de caso da equipe multidisciplinar. Não restam controvérsias de que a decisão foi precipitada, trazendo enorme prejuízo para a criança. Exemplos como esse, não é utopia e pode realmente acontecer.

Como o Direito é uma ciência que objetiva encontrar soluções para os conflitos decorrentes da convivência social, não pode se omitir de contemplar todas as situações possíveis de se tornarem reais. Dessa feita, analisa-se outro caso hipotético. Assim, partindo da suposição de que determinada mãe, é alcoólatra e que tem duas filhas, uma de 8 anos, e a outra de 12, e que todas as vezes que essa mãe se embriaga, tenta agredir as filhas, chegando por vezes a consumir a agressão, e em um desses dias, o pai dessas crianças fica descontrolado, e no calor da situação insuportável resolve impedir à agressão, e então empurra a mãe das crianças violentamente pelo braço, de modo que venha causar uma visível lesão corporal. Ato contínuo, a mulher vai à autoridade policial e solicita medidas protetivas, o delegado por sua vez toma seu pedido a termo e remete, dentro do prazo de 48 horas, ao magistrado que defere o pedido em igual prazo, e determina

como medida protetiva o afastamento imediato do agressor do lar, proibindo esse pai de se aproximar da ofendida e de seus parentes, e determina que a guarda provisória das filhas ficarão com a mãe, como é de praxe na prática forense, sem o prévio aprofundamento do caso.

E ainda se pode ir mais além nessa suposição, digamos que uma semana após ser decretada a medida protetiva, as crianças avistam seu pai numa rua e correm para abraçá-lo, esse por sua vez, corresponde ao afeto das filhas e retribui com outro abraço paternal. E por conta disso chega a ser preso em flagrante, em virtude de desobediência a ordem judicial.

Sabe-se que o que foi conjecturado não é fantasioso, e que há casos e casos, onde mesmo ocorrendo um fato de violência doméstica com mulheres, que também são mães de crianças e adolescentes, estes por muitas das vezes tem seus direitos tolhidos, seja por reflexos das medidas protetivas, seja por uma análise superficial dos fatos. Pois as medidas protetivas são deferidas *inauditas altera pars*, ou seja, sem ouvir a outra parte, levando-se em consideração somente as declarações dadas pela vítima, haja vista que ela, tona-se o centro das atenções, pela Lei Maria da Penha, relegando aos filhos menores da vítima uma proteção jurídica residual. E nesse aspecto torna-se uma lei populista, numa tentativa de devolver para a sociedade uma resposta que traga a sensação que a justiça foi feita.

No caso mencionado, será que a decisão foi justa? Foram devidamente respeitados os direitos dos filhos menores? Sabe-se que o conceito de justiça é de ordem subjetiva, entretanto se partirmos para uma análise do caso, tomando por base os direitos estabelecidos no ECA, fortes são os argumentos para demonstrar que houveram algumas violações a princípios e direitos estabelecidos pelo ECA, gerando um real sentimento de injustiça.

A começar, pelo princípio do melhor interesse dos infantes, sedimentado com doutrina da proteção integral. Já foi visto aqui, que o princípio do melhor interesse dos infantes preza pelo bem-estar desses, de maneira que seus direitos sejam priorizados numa escala de interesses.

Assim se no caso hipotético narrado, o juiz, principalmente em Comarcas de Vara única, onde não tem o juizado especializado e nem equipe de atendimento multidisciplinar para auxiliar nas decisões judiciais para esse fim, defere medidas protetivas logo de plano, como determina a lei 11.340/2006, corre o risco de estar cometendo injustiça em sua decisão, visto que primeiro não se levou em conta a

opinião do adolescente de doze anos para decidir sobre a guarda fatual.

Segundo, não se deu oportunidade para o contraditório para, o suposto agressor, provar que sua atitude se deu em virtude da proteção dos filhos, que estavam na iminência de sofrer mais uma violência pela genitora que estava alcoolizada. E ainda a medida determinou o afastamento do agressor do lar, conseqüentemente afastando da presença das filhas, tirando dessas o direito ao afeto e a convivência junto ao genitor.

Nas medidas de afastamento do agressor do lar, bem como nas de separação, o juiz deve ter o bom senso de acrescentar à medida que regula o direito de visita, como no caso conjecturado, em que as filhas por força da decisão, ficaram aos cuidados de uma mãe negligente. Contrariando, portanto o que se vislumbra no artigo 5º do ECA, vejamos:

Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Assim se nota claramente, que por muita das vezes, a aplicação das medidas protetivas da LMP vão causar um confronto direto com os princípios e direitos estabelecidos no ECA. Há uma incongruência dialógica entre as duas leis em determinados pontos específicos, ocasionando certo desequilíbrio no sistema jurídico, fruto da ausência de um diálogo jurídico gerado pela construção legislativa da LMP, visto que foi inserida no ordenamento jurídico bem depois do ECA.

As medidas protetivas de afastamento do suposto agressor do lar e a da separação de corpos podem ainda gerar sequelas irreversíveis nos filhos menores da ofendida, sobretudo quando esses são utilizados como instrumentos de defesa, ou de acusação entre os casais envolvidos nos conflitos domésticos.

O fato é que fim de relação afetiva entre casais, quase sempre gera verdadeira insatisfação e a não aceitação por qualquer dos dois, sendo esse, um dos motivos principais da violência perpetrada contra mulher no âmbito doméstico, ou seja, quando o homem não aceita o fim da relação demonstra sua revolta por meio de atitudes violentas contra sua companheira, ou esposa. Sendo necessária a intervenção do Estado-jurisdicional para cessar, ou impedir essa violência. O que o faz principalmente por meio da LMP, e mais especificamente pela aplicação das

medidas protetivas de urgência.

Ocorre que quando essas medidas são indevidamente aplicadas podem gerar efeitos desastrosos para os filhos menores da vítima. E mesmo assim, quando devidamente aplicadas, ainda se denota os seus efeitos jurídicos, social e psicológico, sobretudo nos filhos menores da vítima.

Possivelmente um dos efeitos mais maléficos que se pode esperar da aplicação das medidas protetivas é o da alienação parental. A definição legal de ato de alienação parental, encontra-se no artigo 2º da lei 12.318/2010- Lei da Alienação Parental, *in verbis*:

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

A lei 12.318/2010 apenas utiliza o termo ato de alienação parental, não fazendo menção ao termo que a doutrina denomina de Síndrome de Alienação Parental (SAP), a diferença entre os dois termos é importante, pois consiste em que “A alienação parental não é uma doença, não existe classificação científica como uma patologia, porém, a SAP é um conjunto de sintomas apresentados pelo filho vítima, e, também esta, ainda hoje não é considerada doença.” (GÓIS, 2010)

Desse modo percebe-se que a alienação parental é um fenômeno psicológico que pode acarretar consequências jurídicas, ou vice-versa. Haja vista que na aplicação de uma medida protetiva de urgência pode levar ao fim não só da violência doméstica, mas também da relação do casal. Por outro lado, o fim da relação pode desencadear o processo psicológico da alienação parental. Que por sua vez gera a violência psicológica, sendo essa uma das formas de violência doméstica-familiar, especificamente de ordem familiar, visto que a vítima é a criança ou adolescente.

Para Maria Berenice Dias (2012) trata-se de um processo de destruição, utilizado como meio de vingança por qualquer um dos pares que integrava a relação afetiva. Ocorre com o abuso de poder de um dos pais, exercendo grande influência negativa nos filhos menores, com intuito de denigrir, desqualificar e destruir o outro:

Grande parte das separações produz efeitos traumáticos que vêm

acompanhados dos sentimentos de abandono, rejeição e traição. Quando não há uma elaboração adequada do luto conjugal, tem início um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-cônjuge. Os filhos são levados a rejeitar o genitor, a odiá-lo. Tornam-se instrumentos da agressividade direcionada ao parceiro. A forma encontrada para compensar o abandono, a perda do sonho do amor eterno, acaba recaindo sobre os filhos, impedindo que os pais com eles convivam. (DIAS, 2012).

Dias ainda chama atenção para outro grande problema decorrente da alienação parental, o que seria a denúncia caluniosa, feita principalmente por mulheres de acusarem, falsamente, seus ex-maridos de crimes sexuais incestuosos. Prática tão corriqueira na rotina forense que já virou praxe de usa-la como matéria de defesa. Conforme leciona:

O desejo de vingança tem levado ao crescimento assustador da denúncia de práticas incestuosas. Aflitiva a situação do profissional que é informado sobre tal fato, pois, se de um lado há o dever de tomar imediatamente uma atitude, de outro existe o receio de a denúncia ser falsa. Nos processos envolvendo abuso sexual, a alegação de que se trata de síndrome da alienação parental tornou-se argumento de defesa e vem sendo invocada como excludente de criminalidade. O alienador, em sua maioria a mulher, monitora o tempo e o sentimento da criança, desencadeando verdadeira campanha para desmoralizar o outro. (DIAS, 2012).

A alienação parental, como dito acima, é geralmente praticada pela mãe dos infantes, pois na maioria das vezes, é ela quem fica com a guarda dos filhos quando ocorre a separação do casal, que pode se dar por medidas protetivas de urgência, por exemplo, a medida de separação de corpos, ou pode se dar por divórcio, que pode ter como fato gerador as medidas protetivas, embora elas sejam autônomas e não necessariamente tenham que gerar uma demanda cível.

A Lei da Alienação Parental entrou no ordenamento jurídico para proteger também as crianças e os adolescentes, vítimas de um dos pais, para que rejeite e repudie o outro. Dentre as outras penalidades ao pai alienador, pode se determinar a perda da guarda do filho. Conforme preceitua o artigo 3º da lei 12.318/2010, vide:

Art. 3º A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.

Segundo Góis, a alienação parental está atrelada ao fim da relação, principalmente as litigiosas:

A alienação parental acontece, na maioria dos casos, em detrimento de uma separação litigiosa. Como normalmente ocorre neste tipo de processo, são inevitáveis as sequelas, muitas vezes irreversíveis. Neste contexto, os cônjuges separando encontram-se com as emoções afloradas. É um período de competição, de desfazimento da habitualidade, uma perda parcial de suas referências, muda-se de casa, priva-se da convivência com os filhos, dividem-se os bens, em fim, é um recomeço dolorido, desgastante, onde valores antes sublimados são relevados em face ao interesse particular. A detenção do controle sobre o filho e a sua guarda pode ser um marco de vitória, de soberania. (GÓIS, 2010)

Pelo exposto, pode-se perceber facilmente que a alienação parental ocorre principalmente nos términos das relações afetivas dos pais, e os filhos são a parte hipossuficiente dessa relação triangular, podendo está no meio do fogo cruzado da guerra psicológica que na maioria das vezes é promovida pela mãe, e que no meio dessa guerra usa seus filhos como arma principal de vingança para enfraquecer o adversário, o pai das crianças.

Nem que para tanto, infrinja os direitos elementares dos infantes de serem protegidos de toda forma de violência e de situações vexatórias e constrangedoras, causando-lhes verdadeiros prejuízos ao direito fundamental de ter um desenvolvimento sadio, acompanhado pela presença afetiva de ambos os pais.

Quando o casal atinge um patamar de desentendimento em que passa a configurar um dos tipos de violência doméstica, entende-se que já não há muita chance de reatarem a relação, pois ao retornarem, a violência pode voltar a acontecer, visto que o Estado não tem estrutura para garantir um acompanhamento com programas pós-medidas protetivas. Assim o casal geralmente fica separado factualmente, até oficializar judicialmente a separação e nesse interim ficam sobre os efeitos jurídicos e sociais das medidas protetivas, que pode gerar insatisfação e desse modo, se iniciar os atos de alienação parental, que pode partir de um dos pais. O que não deixa de ser uma violência familiar, que tem os filhos como vítimas.

5. CONCLUSÃO

A lei Maria da Penha ao ganhar existência no ordenamento jurídico pátrio apostou nas medidas protetivas como um conjunto de dispositivos jurídicos para impedir ou cessar qualquer forma de violência de gênero. No capítulo introdutório deste trabalho foi demonstrado que a lei não apresenta um conceito do termo “gênero”, constatou-se que se trata de conceito de duplo sentido, no primeiro sentido, e comumente aceito é de que gênero é a identificação ou diferenciação dos sexos masculino e feminino.

Em outro sentido, o gênero é uma construção social, é aquilo que o indivíduo representa, ou como se apresenta para a sociedade. Deduzindo-se que se trata de uma relação de poder, e a violência decorre dessa relação, em que os mais fortes vitimam os mais fracos, nessa esteira estão, não somente a mulher, mas também seus filhos menores.

No segundo capítulo foi delineada sucintamente a evolução dos direitos dos cidadãos infante-juvenil, deixando claro que as arduas práticas jurídico-sociais, serviram de lastro para despertar paulatinamente para a situação legislativa atual.

No que tange ao primeiro Código de menores em 1927, foi um avanço considerado, pois a legislação menorista compilava todos os direitos voltados para os menores que estava em legislações esparsas, muito embora tenha rotulado as crianças em dois grupos, os carentes e os delinquentes, configurando-se na doutrina da situação irregular, a qual vai continuar direcionando o segundo Código de menores de 1979.

Era pungente a mudança por uma legislação mais condizente com os valores sociais que se formavam e com base nas concepções jurídicas humanitárias, o que só foi garantido com a Constituição cidadã de 1988, mais especificamente pelo artigo 227, no qual se assentou a doutrina da proteção integral que remete como dever de todos, garantir total proteção aos cidadãos infante-juvenis, zelando pelos seus direitos, que foram consagrados no Estatuto da Criança e do Adolescente-ECA.

No terceiro capítulo tratou-se da importância da Lei 11.340/2006 – Lei Maria da Penha, bem como dos aspectos gerais das medidas protetivas de urgência. Remetendo a essas, o papel fundamental para que haja efetivamente a proteção integral a mulher, a qual a lei se propõe.

Todavia, adentrou-se numa análise mais acentuada nos casos em que a

vítima também é mãe de filhos menores, os quais são sujeitos de direitos e podem ser atingidos, direta ou indiretamente, pelas medidas de proteção, previstas na lei 11.340/2006.

Demonstrou-se que a lei 11.340/2006 está relacionada à violência de gênero, que nada mais é, do que a denominação do mais forte sobre o mais fraco, nesse diapasão, não somente a mulher é vítima de violência doméstica e familiar, como também é a criança e o adolescente. Cabendo ao poder estatal proteger todos os membros da unidade familiar, inclusive os que se encontrarem em situações de desigualdades e hipossuficiência, no caso as mulheres, bem como os seus filhos menores.

Considerou-se aqui que a violência doméstica e familiar vai além das questões jurídicas, de modo que a lei será inócua, se não levarmos em conta a necessidade de uma mudança cultural, visto que ainda há resquícios histórico, impregnado no consciente coletivo, de uma sociedade machista e patriarcal.

Apontou-se alguns pontos controvertidos da Lei 11.340/2006, como também das medidas protetivas de urgências, em virtude de se ter considerado essas medidas como o “DNA” da lei Maria da Penha. Ainda demonstrou-se que o aspecto multidisciplinar das medidas protetivas, lhes renderam o título de um instituto “sui generis” distinto das tradicionais cautelares cíveis e penais.

Por fim, no quarto capítulo, foram exploradas as medidas protetivas confrontando-as com os direitos delineados no Estatuto da Criança e do Adolescente-ECA. Demonstrou-se que Lei Maria da Penha, há mais de dez anos de vigência, continua causando controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias. Verificou-se que se trata de um dispositivo que objetiva a proteção integral da mulher, entretanto foi alheia à proteção integral aos filhos menores da vítima, limitando-se somente em garantir os alimentos provisionais, ou provisórios, bem como, em apenas restringir, ou suspender as visitas do pai agressor aos filhos, e ainda mandá-los para abrigos.

Dessa feita, mostrou-se a necessidade de se analisar mais minuciosamente, quais os direitos dos filhos menores da vítima que podem ser violados, ou ameaçados em consequências das medidas imposta ao agressor, ou até mesmo para as medidas direcionadas a proteção da ofendida.

Constatou-se certo grau de deficiência estatal na implementação de políticas de combate aos problemas sociais, dentre os quais o da violência, demonstrando a

inundação legislativa em nosso ordenamento jurídico, em virtude da falta de planejamento e outras providências por parte do Poder Público.

Bem como a deficiência na construção legislativa pátria, no que tange a ausência de um sistema jurídico dialógico, em que haja consenso entre os dispositivos jurídicos, com propósito de se evitar contradições e violações de direitos já consagrados, e, sobretudo protegidos constitucionalmente.

Constatou-se que em virtude da má aplicação das medidas protetivas, podem levar a vítima sofrer outra violência, ao ver seus filhos serem atingidos pelos reflexos negativos das medidas protetivas. E o agressor passa a ser o Estado, que deveria protegê-la.

Ainda foi visto que as medidas protetivas que afasta o agressor do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida, à medida que proíbe o agressor de determinadas condutas, como a de se aproximar da ofendida e de seus familiares e a medida de separação de corpos produzem o mesmo efeito fático, qual seja a de impedir qualquer tipo de contato entre o agressor e a vítima, bem como aos filhos menores desta, nesse caso é obrigatório vir conjugado com a medida que trate do direito de visita. Demonstrou-se também, que tais medidas protetivas podem desencadear atos de alienação parental, causando enormes prejuízos aos filhos.

Concluiu-se que a aplicação das medidas protetivas de urgência da Lei 11.340/2006 não é uma operação jurídica simples, que de plano se aplica genericamente, sobretudo quando a vítima for mãe de filhos menores. Pelo contrário, é complexa, exigindo muita habilidade e sensibilidade do magistrado, principalmente para garantir os direitos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente, consagrados pela doutrina da proteção integral prevista na Constituição Cidadã de 1988.

Não restam dúvidas de que algumas medidas protetivas de urgência da lei 11.340/2006, como as que afastam o agressor do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida, a que proíbe o agressor de determinadas condutas e a de separação de corpos; aplicada de forma isolada, ou em conjunto, violam, ou ameaçam direitos consagrados pela doutrina da proteção integral, tais como: o direito de visita, de guarda, à dignidade, à convivência familiar saudável, à proteção para não ocorrência dos atos de alienação parental por ambos os pais, dentre outros, garantidos pelos princípios que sustentam a doutrina da proteção integral.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Carlos Eduardo Rios do. **VISITAÇÃO AOS DEPENDENTES MENORES E LEI MARIA DA PENHA**. Disponível em: < www.jurisway.org.br. Texto enviado ao JurisWay em 06/04/2013.>. Acesso em: 10 out. 2016.

BARROS, Guilherme Freire de Melo. **ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE Lei nº 8.069/1990**: Dicas para realização de provas de concursos artigo por artigo. 43 Edição integralmente reformulada Atualizado até novembro de 2010.

BECHARA, Julia Maria Seixas. **Violência doméstica e natureza jurídica das medidas protetivas de urgência**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2661, 14 out. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17614>>. Acesso em: 30 set. 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 03 de set. 2016.

_____. **Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. Lei Maria da Penha**. Brasília, 08 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 14 set. 2016.

_____. **Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. Lei de Alienação Parental**. Brasília, 26 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm>. Acesso em: 12 out. 2016.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 14 set. 2016.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. MEDIDAS PROTETIVAS DA LEI N. 11.340/2006 (LEI MARIA DA PENHA). INCIDÊNCIA NO ÂMBITO CÍVEL. NATUREZA JURÍDICA. DESNECESSIDADE DE INQUÉRITO POLICIAL, PROCESSO PENAL OU CIVIL EM CURSO. Resp 1.419.421/GO. Quarta Turma. Y.S. Ministro Relator Luis Felipe Salomão. Distrito Federal, 11 fev. 2014. Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25044002/recurso-especial-resp-1419421-go-2013-0355585-8-stj/inteiro-teor-25044003>>. Acesso em: 10 out. 2016.

_____. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Agravo de Instrumento. AGRAVO DE INSTRUMENTO. COMPETÊNCIA CÍVEL DOS JUIZADOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. AÇÃO CAUTELAR COM PEDIDO LIMINAR DE MEDIDAS PROTETIVAS. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. LEI MARIA DA PENHA. PET: 70043220177 RS. Segunda Câmara Criminal. Laiziane Cristina Tigre da Silva e Ministério Público. Disponível em: <<http://tjrs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113524516/peticao-pet-70043220177-rs/inteiro>>

teor-113524526>. Acesso em: 03 out. 2016.

_____. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios**. RECLAMAÇÃO. VARA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. INDEFERIMENTO DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE NATUREZA CÍVEL. RECURSO PRÓPRIO. NÃO CONHECIMENTO. RCL 20070020134033/DF. 1ª Turma. Relator: GEORGE LOPES LEITE. Julgamento:07/02/2008. Órgão Julgador: 1ª Turma Criminal. Publicação: DJU 25/03/2008p.71.Disponívelem:<<http://tjdf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2613508/rec-lamacao-rcl-20070020134033>>. Acesso em: 5 out. 2016.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**: A efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. Disponível em:<[www.mariaberenice.com.br/.../\(cod2_800\)10__a_violencia_domestica_na_justica.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/.../(cod2_800)10__a_violencia_domestica_na_justica.pdf)>. Acesso em: 14 out. 2016.

_____. **A ALIENAÇÃO PARENTAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS**. Disponível em:<[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_500\)alienacao_parental_e_suas_consequencias.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_500)alienacao_parental_e_suas_consequencias.pdf)> Acesso em 12 out. 2016.

_____; LARRATÉA, Roberta Vieira. **SEPARAÇÃO DE CORPOS E O DESENLACE FAMILIAR**.Disponívelem:<http://www.mariaberenice.com.br/.../12__separação_de_corpos_e_desenlace_familiar.pdf>. Acesso em 12 out. 2016.

DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael. **Aspectos Processuais Cíveis da Lei Maria da Penha**. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/aspectos-processuais-civis-da-lei-maria-da-penha-viol%C3%Aancia-dom%C3%A9stica-e-familiar-contra-mulh>>. Acesso em 20 set. 2016.

DIGIÁCOMO, Murillo José (org.); DIGIÁCOMO, Ildeara Amorim. **Estatuto da criança e do adolescente**: anotado e interpretado. 6. ed. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná. Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 2013.

FERREIRA. Kisleu. **INSTÂNCIA CRIMINAL**: Competência recursal na Lei Maria da Penha. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-nov-21/kisleu-ferreira-competencia-recursal-leimaria-penha#_ftnref12_2676>. Acesso em 19 out. 2016.

FONSECA, Antônio Cezar Lima da. **ATO INFRACIONAL E LEI MARIA DA PENHA**. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre n. 71, jan. 2012 – abr. 2012 p. 35 51.Disponívelem:<https://www.mprs.mp.br/areas/infancia/arquivos/ato_infracional_maria_da_penha.doc> Acesso em 15 out.2016.

GÓIS, Marília Mesquita de. **Alienação parental**. Disponível em:<<http://www.direitonete.com.br/artigos/exibir/5841/Alienacao-parental>>. Acesso em: 12 out. 2016.

ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência**. 12. ed. São Paulo: Adas, 2010.

JESUS, Damásio de. **Violência contra a mulher**: aspectos criminais da Lei n.11.340/2006. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.100p.

LONGO, Cristiano da Silva. **A punição corporal doméstica de crianças e adolescentes**: o olhar de autores de livros sobre educação familiar no Brasil (1981-2000). São Paulo: Ieditora, 2002. 225p.

LUIZ, Gildanny. **A sociedade do macho e a violência contra a mulher**: violência machista, as leis e a sociedade brasileira. [S.l.: s.n.]. Clube de Autores (edição digital). Disponível em <<http://www.saraiva.com.br/a-sociedade-do-macho-e-a-violencia-contra-a-mulher-8732337.html>> Acesso em: 20 set. 2016.

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri, São Paulo: Manole, 2003.

MOUGGEOLE, Lea. **O Conceito de Gênero**. Disponível em: <http://www.sociologia.com.br/o-conceito-de-genero/lea_mougeolle,12de_marc.2015> Acesso em: 5 out. 2016.

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri, São Paulo: Manole, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p 1.053.

ONU. **Assembleia Geral das Nações Unidas. Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança. 1989**. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/doc_crianca.php> Acesso em: 18 set.2016.

_____. **Declaração Universal dos Direitos da Criança. 1959**. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php> Acesso em: 12 set.2016.

PIRES, Amom Albernaz. **A opção legislativa pela política criminal extrapenal e a natureza jurídica das medidas protetivas da Lei Maria da Penha**. Disponível em <<http://mpdft.gov.br/revistas/index.php/revistas/article/viewFile/5/7>>. Acesso em 27 set.2016.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura, **VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER: LEI 11.340/2006: Análise crítica e sistêmica**. 3ª ed. rev. atual e de acordo com ADI 4424. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

RIZZINI, Irma; RIZZINI, Irene (org.). **A institucionalização de crianças no Brasil: percurso histórico e desafios do presente**. e-book. Rio de Janeiro : Ed. PUC-Rio; São Paulo: Loyola, 2004. 96p. Disponível em: < http://www.editora.vrc.puc-rio.br/media/ebook_institucionalizacao_de_crianças_no_brasil.pdf>. Acesso em: 10 set. 2016.

SANTOS, Rayssa Barbosa. **NATUREZA JURÍDICA DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA**. 2015. 67f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado)

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, 2015. Disponível em:< <http://docplayer.com.br/16119802-Natureza-juridica-das-medidas-protetivas-de-urgencia.html>>. Acesso em 20 set. 2016.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil** - Volume Único. 6 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.1749p.