

lasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/5229#:~:text=A%20partir%20de%20uma%20pesquisa,e%20n%C3%A3o%20o%20foi%20%C3%A0s> Acesso em 5.dez 2022.

SILVA, Vanessa Ramos da. CARLOS, Paula Pinhal de. Violência de gênero e tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: o que é gênero segundo o discurso dos desembargadores e desembargadoras e qual seu reflexo na aplicação da Lei Maria da Penha. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, São Paulo, v. 5, n. 1. Disponível em: <https://reedrevista.org/reed/article/view/160>. Acesso em 12 jan. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Comitê CEDAW. **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres** (1979).

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Comitê CEDAW. **General recommendation No. 35** (2017) on gender-based violence against women, updating general recommendation No. 19 (1992). Tradução do Conselho Nacional de Justiça, 2019.

PILAR, A BUSCA E A APREENSÃO DE SEUS FILHOS E A REESCRITA DA DECISÃO

Andreza do Socorro Pantoja de Oliveira Smith - Luanna Tomaz de Souza - Milene Maria Xavier Veloso - Verena Holanda De Mendonça Alves - Beatriz Neder Mattar - Cristiane da Silva Gonçalves - Erika Vitória Ferreira de Andrade - Gabriela Rodrigues Veludo Gouveia - Gabriela Gomes Moura - Hermes Breno da Silva Santos - Jéssica Zouhair Daou - Josué Gomes Pinheiro - Leticia Mendes Silva de Vasconcelos - Laila Vidigal de Souza - Marcellia Sousa Cavalcante - Vitória do Socorro Peixoto Pires

INTRODUÇÃO: A CLÍNICA DE ATENÇÃO À VIOLÊNCIA E O PROCESSO DE REESCRITA

A Clínica de Atenção à Violência (CAV/UFGA) funciona na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Pará e realiza atendimento a pessoas em situação de violência, além de desenvolver ações de pesquisa, de educação em direitos humanos e de litigância estratégica. Trata-se de política estimulada pelas Novas Diretrizes Curriculares, constantes da Resolução nº 5/2018, que amplia o espaço da extensão do curso, a partir da menção expressiva de clínicas (SOUZA *et al*, 2020).

Na Clínica há em andamento projetos de extensão (focados no atendimento às vítimas), mas também projetos de pesquisa e projetos de ensino³³². A Clínica é uma iniciativa multidisciplinar que reúne profissionais do Direito, da Psicologia e do Serviço Social. Para a reescrita, reuniu-se docentes, profissionais e estudantes que atuam na

³³² A Resolução nº 6/2017, da Faculdade de Direito da UFGA, autoriza que o estágio obrigatório fosse cumprido para além do NPJ- Núcleo de Prática Jurídica, nas Clínicas Jurídicas.

CAV para debater a decisão liminar de entrega das crianças. Discutiu-se em grupo a decisão que foi dividida em aspectos centrais.

O caso de Pilar foi atendido pela CAV, onde foi prestada assistência jurídica e psicossocial. O presente artigo foi construído, a partir dessa experiência, seguindo o exercício de “uma agência coletiva” que procura demonstrar, “na prática”, os efeitos que perspectivas plurais podem ter no processo de tomada de decisão (HUNTER *et al*, 2010). Com base nisso, passou-se a questionar de que forma as perspectivas feministas podem dar novos contornos para o caso de Pilar. Parte-se de uma metodologia feminista de análise pautada na perspectiva de transformação da realidade para a defesa e promoção dos direitos das mulheres (SOUZA *et al*, 2019). Rompe-se com a visão de neutralidade por se assumir o confronto com lógicas discriminatórias e por escolher um caso que registra nosso envolvimento pessoal e nosso compromisso com a defesa dos direitos das mulheres. De acordo com Donna Haraway (1995), as teorias feministas questionam a visão de objetividade da ciência ao apresentar um olhar localizado territorial, social e temporalmente, e, por isso, um conhecimento corporificado, localizado e parcial.

RESUMO DO CASO E DA DECISÃO

Pilar³³³ divorciou-se de seu ex-marido e obteve guarda compartilhada de seus três filhos³³⁴. Decidiu sair de seu país de origem³³⁵

333 O nome foi alterado como forma de preservar sua identidade, nos termos da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), Lei nº 13.709/2018. Os nomes estão inspirados no filme espanhol “*Te doy mis ojos*”. Ano: 2003. País: Espanha. Direção: Iciar Bollain. O filme aborda a violência conjugal, destacando a dificuldade de se perceber o olhar das mulheres.

334 Nascidos em 2009, 2011 e 2012.

335 O nome do país será protegido para garantia do sigilo.

para o Brasil em 2015, sob alegação de violência doméstica e da falta de providências das autoridades locais. Para além da inércia, todo seu questionamento sobre as violências sofridas pelos três filhos por parte do ex-companheiro terminou diminuindo seu espaço de guarda e ampliando o tempo de permanência das crianças com o pai.

Em 2017, foi pleiteado seu pedido de refúgio³³⁶. Este foi concedido provisoriamente, tendo em vista que a violência cometida contra a mulher é uma violação aos direitos humanos nos termos da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, “Convenção de Belém do Pará”³³⁷, que afirma: “a violência contra a mulher constitui violação dos direitos humanos e liberdades fundamentais e limita total ou parcialmente a observância, gozo e exercício de tais direitos e liberdades” e da Lei Maria da Penha, Lei 11.340/2006³³⁸ (SOUZA; SMITH, 2018).

Em 2018, todavia, foi negado o refúgio por falta de amparo legal. Em 20 de março de 2018, foi solicitada a prisão para fins de extradição³³⁹. Em 27 de março do mesmo ano foi determinada a busca e apreensão das crianças a pedido do ex-marido, nos termos da Convenção de Haia, Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, de 1980³⁴⁰, com entrega das crianças ao pai e retorno ao país de origem.

336 O refúgio é um instituto antigo concedido como forma de proteção às pessoas que sofreram violações aos direitos humanos em seus países de origem a partir da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951).

337 O Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996 promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994.

338 Art. 6º A violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos.

339 Foi determinada a revogação da prisão e direito de aguardar o processo em liberdade em 22/05/2018.

340 O Decreto nº 3.413, de 14 de abril de 2000 promulga a Convenção.

Em 2019, foi finalmente negado o pedido de extradição, levando-se em conta que o fato alegado não corresponde no direito brasileiro à conduta prevista no art. 249³⁴¹ do Código Penal, já que ela possuía a guarda dos filhos quando saiu de seu país de origem. Não cumpre, dessa forma, o requisito da dupla tipicidade exigido no art. 82, II da Lei nº 13.445/2017³⁴².

A decisão de busca e apreensão foi proferida por um juiz da vara federal da Seção Judiciária do Pará. O magistrado fundamentou sua decisão liminar nos seguintes aspectos: a) sustentou que a Convenção de Haia privilegia o retorno das crianças ao país de origem e que as exceções ao retorno imediato não estavam presentes no caso; b) que o pai das crianças possuía a guarda em virtude das dificuldades apresentadas pela mãe em permitir o convívio das crianças com o ele e do fato de ela ter fugido na companhia dos seus filhos; c) que o contato com os costumes e familiares do país de origem trariam mais benefícios ao desenvolvimento psíquico e o equilíbrio físico e emocional das crianças do que ficar no Brasil com a mãe; d) que o retorno imediato das crianças ao país de origem era urgente, portanto, deveria prevalecer sobre questões como o direito ao contraditório ou a necessidade de avaliação psicossocial do caso. Por se tratar de pedido de tutela antecipada, a decisão não investigou o caso com a devida atenção.

Até o presente momento, Pilar continua no Brasil. Atua como professora e batalha pelo seu processo de naturalização no Brasil. Está sem ver os filhos desde que foram retirados do país. Teme o retorno para seu país de origem por causa de uma possível prisão.

341 Art. 249 - Subtrair menor de dezoito anos ou interdito ao poder de quem o tem sob sua guarda em virtude de lei ou de ordem judicial: Pena - detenção, de dois meses a dois anos, se o fato não constitui elemento de outro crime.

342 Art. 82. Não se concederá a extradição quando: (...) II - o fato que motivar o pedido não for considerado crime no Brasil ou no Estado requerente.

Em entrevista³⁴³ foi possível identificar algumas das consequências da atuação judicial antes, durante e depois. Em entrevista, frisou que as crianças e ela nunca foram ouvidas e que os três estão acolhidos em uma instituição, pois o genitor ainda não demonstrou condições de permanecer com elas.

Pilar: Ele (o juiz) julgou o caso totalmente fora da Convenção de Haia, porque as crianças estavam aqui há mais de um ano e falavam fluentemente português e estavam envolvidos na sociedade. Então, o juiz não ter obedecido a Convenção de Haia teve consequências enormes para meus filhos, porque foram tirados de um país com a mãe que sempre estava com eles e foram colocados no país de nascimento, em uma instituição social que eles vivem até hoje³⁴⁴. Eu sempre penso no quanto estou longe dos meus filhos e da vida deles. Eu estou longe, então quando eles precisam de mim, eu não estou lá (...).

No contexto jurídico brasileiro, identifica-se que, a função do sistema de justiça de proteger e assegurar os direitos desse público encontrou falhas no caso concreto fundamentadas em perspectivas sexistas. Percebeu-se o reforço de estereótipos de gênero de subordinação das mulheres. Tal concepção, repercutiu em decisões judiciais injustas para outras mulheres e crianças.

No caso da guarda compartilhada e da Convenção de Haia, am-

343 Entrevista realizada no dia 09/11/2022.

344 Segundo informações constantes do processo, o pai reside com as crianças em uma instituição social, sendo acompanhados por profissionais especializados, uma modalidade de acolhimento diferente dos abrigos brasileiros, do que se infere que o acompanhamento institucional se dá em razão falta de condições necessárias para esse genitor residir sozinho com os filhos.

bas têm sido usadas muitas vezes como uma “arma contra as mulheres”. Impõe-se a presença paterna como forma de tensionar o poder das mães e até mesmo diminuir as responsabilidades paternas, exigindo-se da mãe um comportamento supostamente colaborativo, ao não questionar as dinâmicas da relação. Isso ainda traz diversos impactos para as crianças ao potencializar o conflito sem nenhum suporte estatal.

Ao final, exercícios como o de reescrita contribuem para o fortalecimento do feminismo jurídico. Este apresenta horizontes mais estratégicos de uso do direito e de mudanças de mentalidade no sistema de justiça como um todo, conferindo aos institutos um olhar mais gendrado (SEVERI, 2016). Entende-se que a reescrita da decisão liminar pode dar novas formas às decisões em casos semelhantes, ao ponto de influenciar resultados jurídicos futuros, servindo de subsídio interpretativo para juízas e juízes.

MÉTODOS E ABORDAGENS UTILIZADAS NA REESCRITA

Para a produção da investigação, além da pesquisa bibliográfica em textos que abordavam o conteúdo da decisão e o processo de reescrita, foi realizada entrevista semiestruturada com Pilar, como forma de compreender o processo de instrução e produção da sentença, bem como as consequências da mesma sobre sua vida e de seus filhos.

Também foi realizada pesquisa documental com análise de conteúdo qualitativa da decisão judicial, cujo objetivo é a busca dos sentidos e contradições do documento (BARDIN, 2011), levando-se em conta a perspectiva feminista de análise de decisão elaborada por Alda Facio (2009). Segundo a escritora, deve-se considerar três componentes na análise decisional: 1) o componente formal normativo;

2) o componente estrutural; 3) o componente político-cultural. No presente caso pode-se identificar no componente estruturante pontos como o autoritarismo judicial e demonstrar possíveis alternativas às desigualdades estruturais do direito, a partir da reanálise do componente formal normativo (Convenção de Haia e Lei da Guarda Compartilhada). Chegando até ao componente político-cultural, denuncia-se a condição de subalternidade das mulheres e como isso reverbera na interpretação jurídica e social.

A partir dessa análise caminhou-se no sentido da reescrita como forma de fazer frente ao processo violento de decisão e apostar em novas formas de fazer. Para Linda Alcoff (2016), importante autora do feminismo decolonial, devemos ir além da crítica e da desconstrução e arriscar o projeto normativo de melhora do processo de saber.

Para produção da reescrita, levou-se em consideração o Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero (BRASIL, 2021). O Protocolo foi aprovado pelo Conselho Nacional de Justiça com o objetivo de orientar magistrados e magistradas para garantia do acesso das mulheres à Justiça e para enfrentar à violência de gênero. De acordo com o Protocolo, o primeiro passo é identificar os marcadores sociais da diferença³⁴⁵ que estão imbricados no contexto do conflito. Nesse ponto, enfatiza a importância de questionar as assimetrias de gênero sob a perspectiva interseccional³⁴⁶. Em verdade não há como

345 Trata-se de um campo de estudos alocado nas ciências sociais que toma como eixo central o debate acerca do modo pelo qual são constituídas socialmente as desigualdades e hierarquias entre os sujeitos, bem como a maneira como estas operam na vida social, com base na produção e na reprodução da diferença (ALMEIDA, 2012).

346 O termo “interseccionalidade” foi cunhado em 1989 pela jurista estadunidense Kimberlé Crenshaw, a partir das críticas do feminismo negro à tendência a se abordar “raça e gênero como categorias mutuamente exclusivas de experiência e análise”. Crenshaw (2002) concebe a realidade social como constituída por diversos sistemas de discriminação que interagem entre si de maneiras distintas, conformando múltiplas dimensões da experiência.

propor discussões políticas, sociais, e jurídicas sem que sejam evidenciadas simultaneamente as questões de raça, gênero, classe, localização geográfica dentre outros marcadores para a análise dos conflitos e da realidade.

Após isso, o/a magistrado/a deve avaliar se a mulher está em situação de vulnerabilidade e tomar as medidas necessárias para que a justiça seja um espaço igualitário a ela. Outro passo imprescindível destacado no Protocolo, diz respeito à Instrução Processual, uma vez que senão conduzida com a perspectiva de gênero, poderá criar um ambiente de violência institucional, como nos casos em que se questiona a qualidade da maternidade ou o comportamento da mulher, tendo como base os papéis de gênero socialmente atribuídos.

Em relação à valoração da prova, esta deve ser pautada no seguinte questionamento: uma prova faltante de fato poderia ter sido produzida? Essa pergunta deve nortear, especialmente, os conflitos que ocorrem em locais privados onde a produção de provas é mais difícil, como os casos de violência doméstica. Feita a análise das provas, passa-se para a identificação do marco normativo e precedentes nacionais ou internacionais que envolvam mulheres, nas suas intersecções com outros marcadores da diferença. Tendo em vista esses pressupostos, o Protocolo foi utilizado como aparato metodológico na reescrita da decisão liminar do caso de Pilar. Tomando-o como base, a decisão foi reescrita atendendo os elementos apresentados, além da análise crítica exposta sobre a decisão de origem.

O processo de reescrita foi rico e elucidou a importância de se enfrentar a discriminação no momento decisório desde a reconstrução fática até os pedidos, ou seja, repensar toda sua estrutura. A narração fática, por exemplo, pode ser feita de forma a reproduzir um discurso permeado de estereótipos e expectativas sociais. A seletividade da instrução probatória também pode levar o processo para um ou

outro caminho. Por fim, a parte dispositiva da sentença deve abranger o máximo possível de preocupações com a realidade concreta das pessoas envolvidas.

Antes de adentrar na reescrita, foi importante para a equipe realizar a análise da decisão em si em perspectiva multidisciplinar, congregando análise jurídica, social e psicológica. Nesse sentido, foram identificados quatro aspectos controversos em relação à decisão: 1) a aplicação da Convenção de Haia com entrega das crianças, mesmo diante da denúncia de violência; 2) a negativa do contraditório para Pilar; 3) a defesa reiterada da guarda compartilhada; 4) a negativa de avaliação psicossocial. Estes aspectos serão apresentados com mais detalhe a seguir.

Em casos de mulheres que saíram de seu país de origem com os filhos sem autorização judicial, essas ficam sujeitas a ações de busca e apreensão pautadas na Convenção de Haia. Esta prevê que a transferência ou a retenção de uma criança é considerada ilícita quando há violação a direito de guarda atribuído pela lei do Estado onde a criança tivesse sua residência habitual imediatamente antes de sua transferência ou da sua retenção e quando esse direito estivesse sendo exercido de maneira efetiva no momento da transferência ou da retenção (art. 3).

Em tais casos, surge a possibilidade de solicitação de devolução das crianças ao país de origem, que pode ser feito na forma do art. 12. Na maioria das vezes, esses pedidos de devolução das crianças deixam as mulheres em situação de extrema vulnerabilidade. Contudo, há exceções previstas no artigo 13, como quando existir um risco grave de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável.

O juízo em questão, todavia, avaliou que “no caso vertente: a) a guarda das crianças é do pai; b) a Convenção privilegia o retorno das

crianças ao seu país de origem, inclusive com a adoção de medidas judiciais urgentes; c) as exceções ao retorno não estão presentes e que “o retorno imediato das crianças é medida adequada e necessária para cumprir com efetividade e eficiência os desígnios da Convenção e dar cumprimento, de fato, à decisão judicial”.

Ocorre que a decisão desconsidera a Convenção de Haia ao ignorar a integração das crianças na nova realidade vivida e da situação de violência relatada, colocando, ainda, os direitos das crianças e adolescentes em posição de confronto com os direitos da mãe. É possível, ainda, observar que a decisão supracitada está em desacordo com a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher - CEDAW de 1979³⁴⁷, a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1990³⁴⁸ e a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951³⁴⁹, que preveem mecanismos de proteção às mulheres e às crianças. Por todas as argumentações acima expostas, observa-se que a decisão de devolução imediata das crianças não expressou a melhor interpretação do Direito Internacional.

Um dos aspectos mais controversos da decisão também foi por cerceamento da manifestação de Pilar no processo, violando dois princípios fundamentais da Constituição: a ampla defesa e o contraditório, previstos no art. 5º, LV. De acordo com a decisão judicial, todavia, o contraditório deve ser flexibilizado no caso, pois “nada no Direito é absoluto”, o que legitima a adoção de “razoáveis medidas restritivas”³⁵⁰, já que “presentes a probabilidade do direito e o perigo

347 Promulgada por meio do Decreto nº 89.460/1984, ratificado depois pelo Decreto nº 4.377/2002.

348 Promulgada pelo Brasil por meio do Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990.

349 Promulgada pelo Brasil por meio do Decreto nº 50.215, de 28 de janeiro de 1961.

350 Cabe destacar que sua prisão para fins de extradição aconteceu também sem um interrogatório. Trata-se, assim, de reiteradas formas de silenciamento.

de dano ou o risco ao resultado útil do processo” e diante da “hipótese de o juiz estar plenamente convencido do pedido de urgência e acreditar na prescindibilidade de maiores esclarecimentos”.

Dentre tantos direitos e prerrogativas que poderiam ser considerados como não absolutos, o juiz, de forma muito simbólica, escolhe a oportunidade de fala de uma vítima de violência doméstica como aquele que pode e deve ser flexibilizado. Justifica, ainda, tal ação no fundamento genérico das “razões de interesse público”, o que deixa evidente o caráter misógino da mitigação do princípio.

Historicamente, a ação de calar a mulher em seu direito de falar, vem representando uma atuação pública voltada à manutenção de interesses patriarcais. Para esta parcela, a existência da desigualdade no âmbito das leis é a marca que cruza a história, reservando um espaço silencioso, longe dos microfones ou da atenção dos presentes, normalmente depositado no banco dos réus ou nos manicômios.

É possível verificar que, mais uma vez, não há espaço para se trazer a experiência da mulher para o processo e para a formação de um conhecimento/convencimento crítico. Para o citado juiz, que notadamente acredita ser a personificação da jurisdição, não haverá submissão ou sequer a possibilidade de escuta de uma mulher sobre o futuro de sua prole. Como verdade absoluta, ele acredita saber mais do que esta mulher, sentindo-se autorizado a transformar a voz da vítima em um rugido desumano que, por ser assim, não precisa sequer ser ouvido. O contraditório acaba sendo utilizado como uma ferramenta para homens se afirmarem e se autorreferenciarem. Para que uma mulher ocupe tal espaço, é necessário que ela concorde com a ordem vigente, discordâncias são marginalizadas e caladas. O direito não resta ileso ao patriarcado e ao simbolismo de gênero. Não se trata de alterar a norma, mas de submetê-la ao crivo das vozes silenciadas de quem formalmente detém direitos em jogo.

Outro aspecto controverso da decisão foi a centralidade da preocupação com a preservação da guarda compartilhada, que existe no Brasil desde 2002, a partir da vigência do atual Código Civil; porém, somente através da Lei nº 11.698/2008, oportunizou-se a aplicação desta modalidade de guarda, nos artigos 1583 e 1584³⁵¹. Até então, uma porcentagem baixa de magistrados aplicava a guarda compartilhada, prevalecendo a guarda unilateral para as mulheres. A partir da nova disposição legal, pode ser aplicada uma guarda compartilhada entre os genitores mesmo não havendo relação pacífica³⁵². O compartilhamento da guarda passa a ser a regra, ficando a guarda unilateral como ação excepcional³⁵³.

Esse foi, sem sombra de dúvida, um dos pontos mais controversos da lei. Isso porque, na maioria das configurações familiares, a mãe é a responsável pelo cuidado com as crianças. Ademais, o momento da separação gera inúmeros conflitos inclusive relativos à pensão ou mecânicas de cuidado. Desse modo, não raras as vezes, as varas de família deparam-se com pretensões de guarda compartilhada com a única e exclusiva motivação de não-pagamento da pensão alimentícia ou mesmo como subterfúgio para impedir uma mudança de domicílio (LEE, 2016).

O debate sobre guarda compartilhada recai assim como uma

351 Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. §1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, §5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. §2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos (...)

352 §2 do artigo 1584 do Código Civil: “Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada”.

353 UOL. **IBGE: Guarda compartilhada após separação aumenta; guarda só de mãe cai**. Disponível em: <https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2023/02/16/ibge-guarda-compartilhada-de-pais-separados-aumenta-guarda-so-da-mae-cai.htm>. Acesso em: 12 fev. 2023.

arma de gênero contra as mulheres. Impõe-se a presença paterna como forma de tensionar o poder das mães e até mesmo diminuir as responsabilidades paternas, exigindo-se da mãe um comportamento supostamente colaborativo, ao não questionar as dinâmicas da relação. Isso ainda traz diversos impactos para as crianças ao potencializar o conflito sem nenhum suporte estatal.

Destaca-se sobremaneira na decisão a preocupação com a guarda compartilhada. Esta aparece na narrativa dos fatos como: “dificuldades apresentadas pela mãe em permitir o convívio das crianças com o pai” e que “o comportamento da mãe impede o regime de guarda compartilhada”. Na fundamentação da decisão é reforçado o estereótipo de “mãe fugitiva” que saiu do país apenas para não cumprir a “decisão de guarda compartilhada”:

Ela simplesmente impôs sua vontade unilateralmente, em razão de ter fugido de forma ilícita daquele país com a única finalidade de impedir que as crianças tivessem contato com seu genitor.

A fuga empreendida pela mãe das crianças feriu a higidez do “contrato social”! e o dos menores de manterem contato e conviverem com ambos os pais, pois os dois são igualmente importantes na formação de seu caráter e personalidade.

Em diversos momentos, a decisão faz juízo moral da genitora, relacionando-a a atributos como a “esperteza” e a “torpeza”, historicamente atribuídos às mulheres:

Já se pensou se todos aqueles que tivessem contra si uma decisão estatal contrária repetisse a conduta da demandada? Os critérios para os bens da vida serem conferidos às pessoas seriam a esperteza, a astúcia e a força, e não o Direito.

É princípio jurídico que ninguém pode se beneficiar da sua torpeza, logo não parece defensável impedir o retorno da criança para conviver com quem sua guarda foi atribuída, porque quem a perdera fugiu para impedir a concretização dessa situação fática.

Pode-se perceber na decisão que a aplicação da guarda compartilhada surge envolta em uma série de estereótipos de gênero. Ao longo da história muitos estereótipos foram relacionados às mulheres, inclusive a ideia de torpeza, de mentira, de pecado (SILVA; ANDRADE, 2009). De outro lado, há a noção oposta e idealizada de “mãe” devota e submissa. A função da mulher dentro da família nuclear e burguesa esteve por muito tempo associada à submissão, a domesticidade e a maternidade como parte de um imaginário social construído pela cultura (KEHL, 2008). Portanto, Pilar, ao “fugir” para romper com o ciclo de agressões praticadas por seu parceiro íntimo e resguardar seus filhos, transgrediu o comportamento esperado, sendo posta como incapaz de cuidar e educar seus dependentes sob a ótica do tribunal. A avaliação acerca da guarda transita entre tais estereótipos. O debate sobre guarda compartilhada surge sob a espera de partilha das responsabilidades com o cuidado, mas não rompe as expectativas maternas.

Parte das perspectivas judiciais externadas são baseadas em possíveis impactos para as crianças com a estadia no Brasil e o comportamento materno. Sem avaliação de outros profissionais o juiz afirma “inexistir qualquer risco de as crianças, no retorno, ficarem sujeitas a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável” e que “a volta ao país de origem, com todos os cuidados que serão fornecidos, e ao contato com seus costumes e familiares trarão infinitamente mais benefi-

cios ao desenvolvimento psíquico e o equilíbrio físico e emocional das crianças”.

A percepção europeizante e colonial de que as crianças estariam em melhores condições se fossem criadas em seu país de origem precisa ser problematizada. Segundo Petersen e Koller (2006), há uma pluralidade de fatores que influenciam o desenvolvimento humano. Em verdade chama a atenção a falta de uma avaliação psicossocial de Pilar e seus filhos. Um estudo psicossocial forense teria como objetivo principal assessorar a decisão, fornecendo um relatório com informações que possam propiciar um entendimento mais amplo da situação na qual as pessoas e, principalmente, as crianças estão envolvidas (GRANJEIRO; COSTA, 2008). Além disso, é importante lembrar que a violência se trata de um fenômeno social, histórico e individual, que apresenta desdobramentos sociais e repercussões psicológicas. Diante disso, os efeitos psicossociais são reconhecidos enquanto dimensão de análise e intervenção, o que evidencia como no caso de Pilar muitas vozes e saberes foram silenciados.

Durante o litígio no Brasil, a inexistência de um estudo psicossocial das partes envolvidas, deixou de obter informações mais profundas a respeito da estrutura familiar. A dinâmica das relações afetivas e emocionais trata-se de importante objeto de análise a se considerar no processo decisório judicial, principalmente em casos envolvendo crianças e adolescentes, para compreender o funcionamento e as distorções das funções parentais existentes (COSTA *et al*, 2009).

Nesse sentido, a retirada abrupta e truculenta dos seus filhos por parte dos agentes da Justiça brasileira, configurou-se um risco à integridade física e psicológica das crianças, pois não levou em consideração a visão dos profissionais do setor psicossocial e muito menos a opinião das crianças e da mãe. Percebe-se então, nesse processo de Pilar, que esse direito de escuta das crianças também foi negado e

a violência se ramificou de forma institucional, sendo praticada por órgãos e agentes públicos que exerceram de maneira discriminatória e omissa a legislação brasileira.

Isso traz à tona também a necessidade de considerar o viés de gênero, que atinge não somente profissionais do Direito, mas também demais participantes desse processo. É importante expandir a perspectiva feminista para o campo dos saberes psicológicos e sociais. Nesse sentido, a avaliação psicossocial frente ao caso, demandaria uma análise que considerasse os atravessamentos culturais e históricos que incidem sobre as relações familiares, bem como sobre as decisões judiciais e não pode ser feita somente a partir do olhar dos profissionais que atenderam as crianças e a mãe no país de origem, sem compreender contexto em que essa avaliação foi feita.

A DECISÃO REESCRITA

Do resumo fático

A UNIÃO, na qualidade de autoridade central, ingressou com esta ação de busca e apreensão de crianças com arrimo na Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980, e juridicamente introjetada no ordenamento jurídico pelo Decreto nº 3.414/2000. Argumentou que recebeu do país, em janeiro de 2018, a solicitação de restituição de três crianças, residentes no Brasil com a sua genitora, ré na presente ação, após a fuga do país de origem, no ano de 2015.

Sustenta que, em 2015, o Poder Judiciário do país de origem revogou temporariamente a guarda compartilhada e atribuiu a guarda das crianças exclusivamente ao pai, por considerar que a genitora não permitia que o pai visitasse as crianças e por ela ter vindo ao Brasil com os filhos, sem anuência do genitor. Com isso, o Estado contactou

a Autoridade Central brasileira, e requereu nos termos do art. 33 da Convenção da Haia, de 1980, a cooperação jurídica internacional.

Notificada, a genitora apresentou resposta, com as seguintes alegação de: 1) as crianças já se encontram integradas ao ambiente local, falam plenamente o português, e estão matriculadas em escola regular; 2) As crianças sempre residiram com a mãe e quando da vinda ao Brasil estavam em guarda compartilhada; 3) Existe um risco grave das crianças, no seu retorno, ficarem sujeitas a perigos de ordem física ou psíquica, o que impede o retorno conforme art. 13, da Convenção de Haia; (4) Estão desde julho de 2017 na condição de refugiados, sendo que sua entrega pode violar o princípio da não devolução.

Diante desse contexto fático, a União, em sede de tutela, pleiteia a busca, apreensão e restituição das crianças, para que sejam entregues a um representante do Estado de origem, considerando que o direito de guarda está sendo titularizado pelo genitor.

O genitor das crianças, manifestou-se nos autos e reiterou os pedidos formulados pela Advocacia Geral da União no que tange ao pedido cautelar de busca e apreensão e retorno imediato das crianças, nos termos da Convenção de Haia.

A requerida compareceu espontaneamente ontem aos autos, de forma que foi considerada citada, nos termos do art. 239, § 1º, do CPC.

É o relatório. DECIDO.

Da fundamentação

Identificou-se que a genitora, após a separação conjugal, mudou de residência com os filhos para um centro de crises familiares, em razão de acusação de violência doméstica perpetrada pelo ex-marido e pai das crianças. Essa mesma acusação é alegada para a fuga de seu país.

Levando-se em conta as questões de gênero afetas à demanda, a presente decisão basear-se-á no Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero (BRASIL, 2021). O documento é de extrema relevância por nortear magistradas/os no processo decisório e evitar a reprodução de estigmas e discriminações. No caso em questão, uma mulher está sendo acusada de sequestro internacional de seus três filhos com fuga para o Brasil, destacando-se que;

A mãe exercia a guarda compartilhada das crianças no país de origem até sua saída. A guarda somente foi alterada com sua saída do país. Desde esse momento, contudo, exerce guarda de fato das crianças;

As crianças estão no país há mais de três anos;

A mãe alega contexto de violência doméstica e familiar por parte do genitor como motivo para a fuga, o que não foi confirmado pelas autoridades locais;

Nesse caso, é necessário levar em conta que:

Com relação à Convenção de Haia, nos termos de seu Artigo 12³⁵⁴, somente quando uma criança tiver sido ilicitamente transferida ou retida nos termos do Artigo 3 e tenha decorrido um período de menos de 1 ano seria o caso de retorno imediato da criança. Nos termos do Artigo 13³⁵⁵ da Convenção de Haia, não é caso de retorno imediato

354 Artigo 12: Quando uma criança tiver sido ilicitamente transferida ou retida nos termos do Artigo 3 e tenha decorrido um período de menos de 1 ano entre a data da transferência ou da retenção indevidas e a data do início do processo perante a autoridade judicial ou administrativa do Estado Contratante onde a criança se encontrar, a autoridade respectiva deverá ordenar o retorno imediato da criança. A autoridade judicial ou administrativa respectiva, mesmo após expirado o período de 1 ano referido no parágrafo anterior, deverá ordenar o retorno da criança, salvo quando for provado que a criança já se encontra integrada no seu novo meio. Quando a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido tiver razões para crer que a criança tenha sido levada para outro Estado, poderá suspender o processo ou rejeitar o pedido para o retorno da criança.

355 Artigo 13 Sem prejuízo das disposições contidas no Artigo anterior, a autori-

se a pessoa, instituição ou organismo que tinha a seu cuidado a pessoa da criança não exercia efetivamente o direito de guarda na época da transferência, o que impede o retorno.

Da análise documental, contudo, é possível identificar que: a) as crianças estavam integradas ao ambiente local, conforme art.12 da Convenção de Haia, pois habitavam a cidade desde julho de 2015, frequentando, inclusive, ambiente escolar; b) o pai não exercia efetivamente o direito de guarda na época da transferência, o que impede o retorno conforme art.13, a da Convenção de Haia, já que as crianças sempre residiram com a mãe e quando da vinda ao Brasil estavam em guarda compartilhada; c) existia relato de risco grave de perigos de ordem física ou psíquica caso as crianças retornassem, o que também impede o retorno conforme art.13, da Convenção de Haia de 1980; d) as crianças encontravam-se desde julho/2017 na condição de refugiados, sendo que sua entrega pode violar o princípio da não devolução.

No caso em questão, as crianças sempre residiram com a mãe e quando da vinda ao Brasil estavam em guarda compartilhada. Quanto à alegação de risco grave para as crianças no seu retorno, trata-se de motivo que impede o retorno imediato conforme art.13, b da Convenção de Haia, devendo ser averiguado. A Convenção de Haia deve ser lida por meio do respeito ao princípio do superior interesse da criança. Este princípio está estampado na Convenção Internacional para os Direitos da Criança de 1989, a qual o Brasil é signatário por meio

dade judicial ou administrativa do Estado requerido não é obrigada a ordenar o retorno da criança se a pessoa, instituição ou organismo que se oponha a seu retorno provar: a) que a pessoa, instituição ou organismo que tinha a seu cuidado a pessoa da criança não exercia efetivamente o direito de guarda na época da transferência ou da retenção, ou que havia consentido ou concordado posteriormente com esta transferência ou retenção; ou b) que existe um risco grave de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável.

do Decreto nº 99.710/1990, na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990).

Nos termos do Estatuto, artigo 100: “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”. De acordo com Digiácomo e Digiácomo (2013), é fundamental que a Justiça atue de forma responsável, a partir da análise do caso sob a ótica interdisciplinar e em respeito aos princípios e parâmetros normativos vigentes, tendo a compreensão que o objetivo de sua intervenção deve ser a proteção integral dessas crianças. No caso em concreto, deve ser avaliado se o melhor para as crianças é permanecer no Brasil ou retornar ao país de origem como forma de evitar maiores violações, principalmente ao levarmos em consideração que elas já estão adaptadas ao nosso país.

Ademais, a CEDAW - Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, determina que os Estados adotem todas as medidas adequadas para confrontar usos e práticas que constituam discriminação contra a mulher e que adotem medidas especiais destinadas a proteger a maternidade de ações discriminatórias (Art. 2º). A Convenção sobre os Direitos da Criança também dispõe sobre a especial proteção às crianças e o dever dos Estados em assegurar a primazia do seu interesse superior, mesmo em casos de famílias que vivem em países distintos, não devendo provocar consequências adversas para as pessoas interessadas.

A concessão da guarda compartilhada no país de origem não pode ser um motivo por si só para o julgamento moral da conduta materna. A guarda compartilhada não pode servir como instituto para desacreditizar as alegações das mulheres ou forçar uma relação su-

postamente harmônica, por isso é necessário avaliar se no caso em questão há uma situação de violência sendo acobertada.

A guarda compartilhada deve ser analisada com cuidado em situações de violência doméstica. Embora reais os benefícios alcançados, esta modalidade é capaz de construir contextos hostis, aprisionando mulheres, mães, aos pais agressores que vitimizam elas e seus filhos. Uma realidade que ultrapassa as previsões “amorosas” e igualitárias à criação de filhos comuns a pessoas que não estão em um relacionamento conjugal.

Nos termos do Protocolo, havendo dúvidas sobre os conflitos que ocorrem em locais privados, onde a produção de provas é mais difícil, deve-se indagar se mais alguma prova poderia ser produzida. É fundamental, assim, que se possa ouvir o relato materno para compreender as razões da saída do país de origem e para garantia da ampla defesa e do contraditório. Este representa a participação simétrica das pessoas interessadas no processo e, numa perspectiva democrática, torna-se imprescindível (NICOLITT, 2009). Em casos de complexidade como esse, envolvendo direitos de diversas pessoas, o contraditório é fulcral e deve ser respeitado inclusive para garantir uma instrução criminal com perspectiva de gênero, conforme o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero (BRASIL, 2021).

A investigação psicossocial em processo jurídico dessa natureza também se torna indispensável para contribuir para uma decisão coerente, justa, exequível. Nos litígios que envolvem crianças ou adolescentes, a avaliação psicológica é uma das possibilidades de investigação dos fatos e das consequências fornecedora de subsídios à decisão final. Por isso, é necessário a(o) profissional de Psicologia considerar as circunstâncias e os vínculos afetivos e emocionais presentes em cada caso (CFP, 2019), e, ainda, admitir o caráter preventivo na avaliação psicológica de crianças e adolescentes quanto às

repercussões no desenvolvimento desta ao longo de sua vida, além de especificidades do processo técnico.

A investigação partiria de uma ação reflexiva, em que o elemento humano se sobreporia às exigências do formalismo jurídico (GRANJEIRO; COSTA, 2008). Nos litígios que envolvem crianças ou adolescentes, a avaliação psicológica é uma das possibilidades de investigação dos fatos e das consequências fornecedora de subsídios à decisão final (CFP, 2019).

O princípio do melhor interesse da criança possui alcance mundial, presente na Convenção Sobre os Direitos da Criança, pretende garantir que as autoridades, instituições públicas e privadas e os órgãos legislativos atuem de forma a proporcionar a proteção e o cuidado (ONU, 1989). Para tal, a avaliação psicológica e social do caso em questão torna-se prioridade para compreender a estrutura familiar, seus riscos e possibilidades.

Cabe também destacar a Lei Federal nº 13.431/2017 alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente e passou a regulamentar a forma pela qual as crianças e adolescentes testemunhas ou vítimas de violência devem ser acolhidas e ouvidas pelo Sistema de Garantia de Direitos garantindo a Escuta Especializada e o Depoimento Especial. Esses dispositivos ressaltam a necessidade de não revitimização das crianças atendidas pela rede de proteção e responsabilização, e poderiam/devem ser utilizados para dar maior legitimidade ao processo.

Do Dispositivo

Por todas essas razões, nego liminarmente a entrega imediata das crianças.

Determino elaboração de avaliação psicossocial da genitora e das crianças, no intuito de verificar quais são as suas condições no

Brasil, especialmente a sua integração ao contexto local e o possível risco no retorno ao país de origem.

Após, em consonância ao princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório, designo audiência para oitiva da mãe, do genitor e das crianças, atendendo, nesse caso, a Resolução nº 299/2019 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), de depoimento especial. No caso das crianças a avaliação deve-se respeitar a escuta especializada.

Determino a possibilidade de visitas do pai ao local em que as crianças se encontram, sob supervisão, enquanto perdurar o processo.

Juíza Federal

REFERÊNCIAS

ALCOFF, Linda. Uma epistemologia para a próxima revolução. **Sociedade e Estado**. Brasília, n.1. v. 31, jan/abr, 2016.

ALMEIDA, Heloísa Buarque. **Diferenças, igualdade**. São Paulo: Berlendis & Vertecchia, 2012.

BARDIN, Lawrence. **Análise de conteúdo**. São Paulo: Edições 70, 2011.

CFP - CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Discussões sobre Depoimento Especial no Sistema Conselhos de Psicologia**. Brasília: CFP, 2019. p. 124.

COSTA, Liana F.; PENSO, Maria Aparecida; LEGNANI, Viviane N. L.; SUDBRACK, Maria Fátima. O. As competências da psicologia jurídica na avaliação psicossocial de famílias em conflito. **Psicologia & Sociedade**, v. 21, p. 233-241, 2009.

CRENSHAW, Kimberlé. Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero. **Revista Estudos Feministas**. Florianópolis, 10 (1): 171-188. 2002.

DIGIÁCOMO, MurilLo J.; DIGIÁCOMO, Ildeara de Amorim. **Estatuto da criança e do adolescente: anotado e interpretado**. Curitiba: SEDS, 2013.

FACIO, Alda. Metodologías para el análisis de género del fenómeno legal. In: SANTAMARÍA, R. A.; SALGADO, J.; VALLADARES, L. (comp.). **El género en el derecho**. Ensayos críticos. Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.

GRANJEIRO, Ivonete Araújo C. L.; COSTA, Liana Fortunato. O estudo psicossocial forense como subsídio para a decisão judicial na situação de abuso sexual. **Psic. Teor. e Pesq.** 24 (2). Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-37722008000200005>. 2008. Acesso em: 6 dez. 2022.

HARAWAY, Donna. Saberes localizados: a questão da ciência para o feminismo e o privilégio da perspectiva parcial. **Cadernos Pagu** (5), Campinas-SP, Pagu/Unicamp, pp.7-41, 1995.

HUNTER, Rosemary; MCGLYNN, C., RACKLEY, Erika. **Feminist Judgments: From Theory to Practice**. Oxford, UK; Portland, Oregon: Hart Publishing, 2010.

KEHL, Maria Rita. **Deslocamentos do feminino**. Rio de Janeiro: Imago Editora, 2008.

LEE, Ana Lucia Carrilo de Paula. Guarda compartilhada: solução ou mito? **Revista Jus**. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/52155/guarda-compartilhada-solucao-ou-mito>. Acesso em: 10 jul. 2022.

PETERSEN, Circe Salcides; KOLLER, Silvia Helena. Avaliação psicológica em crianças e adolescentes em situação de risco. **Interamerican Journal of Psychological Assessment**, v. 5, n. 1, p. 55-66, 2006.

SEVERI, Fabiana Cristina. O gênero da justiça e a problemática da efetivação dos direitos humanos das mulheres. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 13, p. 80-115, 2016.

SILVA, Andréia Cristina Lopes Frazão da; ANDRADE, Marta Mega de. Mito e gênero: Pandora e Eva em perspectiva histórica comparada. **Cadernos Pagu**. Florianópolis, 2009, n. 33, pp. 313-342. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0104-83332009000200012>>. Acesso em: 10 nov. 2022.

SOUZA, Luanna Tomaz; SILVA, Ana. Beatriz; YOSANO, Yasmin Nagat. Fios e furos nos entrelaçamentos teóricos e metodológicos nas pesquisas criminológicas sobre mulheres. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 153. Ano 27. São Paulo: RT, 2019. p. 243-264.

SOUZA, Luanna Tomaz; SMITH, Andreza Socorro Pantoja de Oliveira. O Caso das Dinamarquesas: Luzes sobre o Refúgio para Mulheres em situação de violência doméstica e familiar no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, v. 34, n. 2, 2018.