

O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E A POSSIBILIDADE
JURÍDICA DA MULTA COMINATÓRIA *
THE RIGHT TO FAMILY ASSOCIATION AND THE POSSIBILITY
OF LEGAL PENALTY PAYMENT

ADRIANE MEDIANEIRA TOALDO **

CLAUDIA SCHMITT RIEDER ***

ELIANE CELINA GOULART LEAL SEVERO ****

Resumo

O objetivo deste ensaio consiste em analisar a possibilidade jurídica de exigir o direito à convivência pelo genitor que não detém a guarda da prole como forma de atender às necessidades morais, emocionais e psicológicas da criança ou do adolescente e, se a este cabe reclamar judicialmente o direito à visita como um poder-dever, sob pena de aplicação de multa em caso de descumprimento. O direito à visita é direito do menor e dever do genitor

Abstract

The purpose of this essay is to examine the legal possibility to demand the right to association for the parent that does not have custody of the offspring in order to meet the needs moral, emotional and psychological child or adolescent and, if this fits seek judicial the right to visit as a power and duty, under penalty of a fine in case of noncompliance. The right to visit the child's right and duty of the parent guardian does not,

* Artigo recebido em 15-07-2012 e aprovado em 24-09-2012.

** Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC); Especialista em Direito Civil e Processo Civil pelo Instituto Ritter dos Reis (UniRitter); Bacharel em Direito pela Universidade de Cruz Alta (Unicruz); Professora de Direito Processual Civil na Universidade Luterana do Brasil (ULBRA), Campus Santa Maria – RS; Advogada. Endereço eletrônico: adrianetoaldo@terra.com.br

*** Bacharel em Direito pela Universidade Luterana do Brasil, Santa Maria – RS. Endereço eletrônico: claudiasrieder@hotmail.com

**** Bacharel em Direito pela Universidade Luterana do Brasil, Santa Maria – RS. Endereço eletrônico: eliane.cgl.severo@gmail.com

não guardião, garantia esta imposta pela Constituição Federal, em seu artigo 227. No descumprimento do direito de visitas, cabe ao Juiz aplicar a multa cominatória, que funciona como um instrumento de coerção, visando a dar efetividade à decisão judicial. Contudo é indispensável que os pais sejam conscientizados que o maltrato psíquico e emocional da prole afronta seus direitos fundamentais, e as consequências futuras são desastrosas. A aplicação da multa no descumprimento de visitas é um importante mecanismo a ser utilizado para fazer cumprir a decisão judicial e consequentemente oportunizar à criança ou adolescente a convivência familiar. Imperioso o exercício da convivência familiar como fonte basilar de afeto, amor, respeito e solidariedade.

Palavras-chave

Direito à Visita – Convivência Familiar – Descumprimento – Multa Cominatória – Possibilidade Jurídica

guarantee that imposed by the Federal Constitution, in Article 227. In breach of the law visiting courts must apply the penalty payment, which works as an instrument of coercion in order to give effect to the judgment. However it is essential that parents are aware that the psychological and emotional abuse of offspring affront their fundamental rights, and the future consequences are disastrous. The application of the fine in breach of visits is an important mechanism to be used to enforce the ruling and thus create opportunities for the child or adolescent family life. Imperative the exercise of family as a basic source of affection, love, respect and solidarity.

Keywords

Right to Visit – Family Coexistence – Noncompliance – Penalty Payment – Chance Counsel

1. Introdução

A entidade familiar é a primeira grande organização do ser humano e também o primeiro contato do indivíduo em sociedade. Nesse contexto, a Constituição Federal em seu artigo 226 estabelece: “A família, base da

sociedade, tem especial proteção do Estado”, estabelecendo as normas de conduta que regem a família, como o casamento, a igualdade entre os filhos, igualdade entre homem e mulher, entre outros, tendo como fundamento sempre a dignidade da pessoa humana.

Também em seu artigo 227, a Carta Maior dispõe sobre os deveres da família, da sociedade e do Estado em assegurar os direitos fundamentais à criança e ao adolescente, 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.

Dando ênfase, a Constituição Federal em seu artigo 229 estabelece com rigor “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores”, portanto a convivência familiar é um direito da prole e um dever dos pais.

Atualmente o que é notório é a total desagregação familiar. A liberdade sexual veio a contribuir com o elevado número de filhos sem “pais”, a irresponsabilidade ao gerar uma vida sem planejamento revela crianças carentes, desassistidas, vulneráveis material e emocionalmente.

A enorme demanda judicial de genitoras buscando o reconhecimento da paternidade dos filhos, bem como a prestação alimentícia, comprova a veracidade da complexidade da família moderna. Ocorre que a sentença que estabelece a relação parental, e com isso a obrigação de prestar alimentos, não determina o dever de visitar, de prestar carinho, afeto... Há um acordo pré-estabelecido entre as partes, o poder-visitar; no entanto, o não cumprimento deste acordo não gera sanção, o que determina predominantemente a distância afetiva entre os envolvidos e conseqüentemente a ausência da figura que deveria fazer parte do eixo familiar.

A Constituição Federal institucionalizou a dignificação do ser humano. As relações familiares devem proporcionar às crianças um desenvolvimento físico e mental saudável, e a convivência familiar é pilar neste processo.

A falta de estrutura familiar não pode ser obstáculo para a convivência familiar, ou seja, se o casamento findou, a relação paterna e/ou materna

precisa inclusive ser fortalecida para evitar traumas psicológicos na criança, pois a convivência amorosa, equilibrada, que labora valores morais, é responsabilidade da família e um direito do menor.

Portanto, sendo a criança fruto de uma união rompida, ou de uma relação esporádica, não planejada, em ambos os casos a responsabilidade advinda é a mesma, qual seja, oferecer condições materiais e emocionais para que a criança cresça saudável e feliz.

Neste contexto, a proposta do trabalho que ora se apresenta é questionar: estabelecido o vínculo familiar, cabe ao filho(a) reclamar judicialmente o direito à visita como um poder-dever, sob pena de aplicação de multa em caso de descumprimento?

Nesta perspectiva, o objetivo deste estudo consiste em analisar a possibilidade de exigir o direito à convivência pelo pai ou pela mãe que não conviva diretamente com a prole como forma de atender às necessidades morais, emocionais e psicológicas da criança ou do adolescente.

2. O Princípio Constitucional da Convivência

O direito à convivência familiar está expresso no texto constitucional. No artigo 227, assentou o legislador que “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente (...), com absoluta prioridade, (...) e a convivência familiar e comunitária” (BRASIL, 2011, p. 141).

Também no artigo 229 da Carta Magna se lê: “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores” (BRASIL, 2011, p. 143). Dessa forma, a iniciativa do legislador constituinte não deixa dúvidas da proteção dada pelo Estado ao direito de conviver com seus pais, que gozam os infantes; e esse, ao mesmo tempo em que é um direito de crianças e adolescentes, é, também, um dever de pais, sociedade e Estado.

Reforçando sua clara intenção de proteger o convívio da criança e do adolescente com sua família, o constituinte fez consagrar o princípio da convivência familiar no artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, no qual estabelece que toda criança ou adolescente tem o direito de ser criado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta.

De acordo com Fabíola Santos Albuquerque (2005, p. 21), o princípio da convivência familiar imprime um sentido lógico ao entendimento do que é família e, por conseguinte, constitui-se em um direito fundamental da criança crescer e se desenvolver na companhia dos pais, sendo que qualquer hipótese diferente dessa orientação denota excepcionalidade.

A sociedade, de acordo como observa Waldyr Grisard Filho (2005, p. 119), atualmente aceita com mais naturalidade as rupturas conjugais, que vêm aumentando em número e dando lugar a cada vez mais conflitos em relação à guarda de filhos de pais que não mais convivem, tenham sido casados ou não. Essa ruptura afeta a vida dos menores, na medida em que modifica a estrutura da família, atingindo a organização do subsistema parental. Uma vez que são escassas as regras legais a respeito, à doutrina e à jurisprudência cumpre estabelecer soluções para que os laços que vinculam pais e filhos não se percam e para evitar a dissimetria dos papéis parentais, já expurgada pela Constituição Federal (CF/88, art. 266, § 5º).

No entanto, quando exigida a imposição judicial, e outorgado o exercício da guarda à mãe, de forma exclusiva e unilateral, rompe-se o elemento convivência, essencialmente necessário à formação pessoal dos filhos menores.

Conforme ensina Maria Berenice Dias (2009, p. 392), para a Psicologia, os filhos são os que mais sofrem no processo de separação dos pais, uma vez que perdem a estrutura familiar que lhes assegura melhor desenvolvimento psíquico, físico e emocional. Consideram-se rejeitados e impotentes, nutrindo um profundo sentimento de solidão, como se os pais estivessem violando as obrigações da paternidade. O divórcio é uma experiência dolorosa, sacrificante e de longa permanência na memória do filho, que passa a ter a sensação de que está sozinho no mundo.

Segundo a reflexão de Fabíola Santos Albuquerque (2005, p. 22), ao estabelecer o princípio da convivência familiar, que se destaca no *caput* do artigo 227 do texto constitucional, o legislador salienta a importância da família como *locus* privilegiado para o desenvolvimento e a realização

plena de todos os seus membros; e é nesse sentido que a convivência com seus familiares se consubstancia como um direito fundamental da criança e do adolescente, para poder crescer e se desenvolver na companhia dos pais, que têm o dever de amar, educar, orientar e proteger.

3. O Direito de Convivência com o Filho

O ordenamento jurídico brasileiro é farto em dispositivos que asseguram o direito aos pais de conviverem com seus filhos. O Código Civil de 2002 (CAHALI, Yussef Said, 2008, p. 444), no artigo 1.634, II, estabelece a competência dos pais em ter em sua companhia e guarda seus filhos menores. Da mesma forma, aquele diploma legal salientou, em seu artigo 1.632, que, mesmo em face de separação judicial, divórcio ou dissolução da união estável, é direito dos pais gozarem a companhia de seus filhos. Também no artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o legislador assegurou, às crianças e adolescentes, o direito à convivência familiar.

Discorrendo sobre o direito de visitas, Eduardo de Oliveira Leite (2003, p. 222) conclui que a visita é um expediente jurídico de caráter compensatório, que procura minorar os efeitos da ruptura dos laços entre pais e filhos, estabelecendo para isso períodos que o Juiz e os cônjuges acordem como adequados. Quase sempre os períodos de visita são fixados nos finais de semana, corridos ou alternados, feriados, dias de festas e férias. Não se consubstancia como um direito sagrado, uma vez que pode ser suprimido sempre que a conduta do genitor se revelar contrária ao interesse do menor. Por exemplo, se o pai for de moralidade duvidosa, apresentar comportamento violento, ou inadimplência no cumprimento da pensão alimentícia, seu direito à visita poderá ser suprimido. O que deve ser acentuado é que o direito de visita não é um direito dos pais, em relação à criança, mas é, sobretudo, um direito da criança de gozar da companhia dos dois genitores, de ter o amor de um pai ausente, de gozar da presença do pai e de contornar os efeitos nefastos de uma ruptura conjugal. Assim sendo, é um dever que a lei impõe àquele genitor que se vê privado da presença contínua do filho.

4. A Importância do Afeto na Convivência Familiar

Segundo argumenta Sérgio Resende de Barros (2001), o afeto tem uma importância tão grande na condição humana que é ele quem caracteriza a pessoa como verdadeiro ser humano. É o afeto que desenvolve em cada pessoa o senso de solidariedade, única força capaz de construir, com dignidade, a humanidade como agrupamento. O afeto, pois, não é somente um laço a envolver os integrantes de uma única família, já que possui um viés externo, entre as famílias. É o afeto que vincula a humanidade como uma grande família universal, cujo lar é a aldeia global, e cuja origem sempre foi a família.

Rodrigo da Cunha Pereira (2003, p. 13) argumenta que a família representa uma base cultural – e não natural – de uma sociedade. Não se trata, portanto, da mera presença de homem, mulher e filhos, mas de uma edificação psíquica, na qual cada membro ocupa um lugar, seja de pai, mãe ou filho, sem que haja, necessariamente, um vínculo biológico. Dessa forma, a função paterna, por exemplo, não precisa ser ocupada pelo pai biológico, mas por um pai que seja efetivamente – e afetivamente – alguém que represente o “personagem” pai. Pode ser o marido da mãe, o avô, o protetor da mulher, enfim, alguém investido na função de dar o afeto e a segurança que a figura paterna convencionalmente oferece. Além disso, a paternidade não se representa por pessoa ou sujeito, e sim por um ente no qual se apoiam as construções psíquicas da criança.

Eduardo de Oliveira Leite (2003, p. 92), considerando estudos psicanalíticos de distintos autores, salienta que, quando a monoparentalidade se estabelece, e a criança só conta com a figura materna para suprir suas necessidades, a ausência do pai faz recair toda a atividade parental sobre a figura materna, o que vai interferir na percepção da criança em relação à presença onipresente da mãe. Sem a noção de complementariedade que pode desenvolver-se entre homem e mulher, a criança vê diminuídas suas possibilidades de identificação em relação aos papéis sexuais, e não desfrutando da presença, afeto e participação de pai e mãe, ela tem mais dificuldades para identificar o que é próprio ao homem, ou o que é

próprio à mulher, isto é, o que pertence ao comportamento masculino e o que pertence ao comportamento feminino. É a presença do pai, atuando em sua plenitude e complementarmente à da mãe, que vai reforçar qualitativamente as etapas de desenvolvimento da criança.

5. Descumprimento do Direito à Visita pelos Genitores: Guardião e Não Guardião

A criança tem a necessidade do afeto de seu pai e sua mãe para o seu desenvolvimento psíquico sadio. Abster-se de estar com seu filho é negar-lhe o direito de um crescimento saudável, porque este se sente abandonado, rejeitado.

É obrigação da família zelar pelo bem-estar da criança, prestando-lhe sustento, educação, guarda e companhia, a convivência familiar é um direito fundamental indispensável.

Nas palavras de Eduardo de Oliveira Leite:

Dúvida não há, de que os pais, os dois genitores permanecem titulares da autoridade parental em relação a seus filhos e independente do rumo que tomar seu casamento. A ruptura do casal, não têm o condão de provocar a ruptura dos laços jurídicos e afetivos da filiação, que persistem imutáveis, independente dos acontecimentos. (LEITE, 2005, p. 167).

Ambos os pais têm o dever em assistir seu filho no que tange à necessidade material e emocional, prevalecendo sempre o melhor interesse da criança, razão pela qual o não exercício do direito de visitas significa descumprir a Constituição e desvalorizar seu filho, ferindo seus direitos personalíssimos.

A essa conduta imoral, cabe buscar a proteção do Estado, intervindo, responsabilizando o genitor ausente e punindo-o pela sua omissão, bem como se for o genitor guardião que impõe dificuldades ao convívio e encontros com o filho; cabe ao genitor não guardião buscar no Judiciário seu direito-dever de estar com sua prole.

Facilitar a convivência do filho com o pai/mãe não guardião é uma obrigação de fazer do genitor que detém a guarda da criança, e em contrapartida também é uma obrigação de fazer o cumprimento das visitas, fortalecendo os laços afetivos por parte do genitor não guardião. Nos casos de descumprimento do regime de visita, não se descumpre apenas uma obrigação de fazer, mas também deixa-se de cumprir uma determinação judicial, que é estabelecida para ser cumprida (ORSELLI, 2010/2011, p. 15). Em se tratando do direito de crianças e adolescentes, é dever do Estado fazer prevalecer o seu melhor interesse.

A frustração advinda de uma visita prometida e não ocorrida, por si só, desencadeia consequências graves na formação do menor. O que então dizer do genitor que reiteradamente descumpre dias e horários, ou, quando os atende, o faz de forma insatisfatória. Sabe-se que a criança em formação precisa, além de tempo e dedicação, também de rotina para sentir-se segura e protegida. A falta de tais elementos traz conflitos de ordem psíquica, comprometendo o seu sadio desenvolvimento.

Sabe-se também que a separação de um casal geralmente deixa marcas, rancores e mágoas que, somadas, tomam a forma de atitudes absolutamente desprovidas de bom senso, muitas vezes com ímpetos de vingança, o que geralmente reflete naquele que é fruto da união desfeita. Tudo o que foi determinado, combinado, acordado, passa a ser utilizado como forma de ataque ao outro, e nisso se incluem, além da questão patrimonial, as visitas aos filhos.

O sentimento de fracasso aflora, e o genitor não guardião, toda vez que encontra a família, sente-se frustrado, tal sentimento é comum principalmente no início do período pós-rompimento, pois a pessoa depara-se com a família desfeita, gerando o desconforto.

Cabe ressaltar qual será o motivo que leva o genitor a deixar de ver seu filho. A medida a ser tomada em relação a quem não visita seu filho invoca questão de veras. É bastante admitida a aplicação da multa para aqueles genitores que descumprem os horários e dias de devoluções do filho menor ao seu guardião.

Portanto, havendo o inadimplemento da obrigação de fazer, tanto por parte do genitor que detém a guarda quanto pelo que não a detém, sendo a sentença que homologou o direito à convivência um título executivo judicial, conforme o artigo 475-N do Código de Processo Civil, cabe ao Judiciário impor multa pelo descumprimento de acordo com o artigo 461, § 5º, do Código de Processo Civil.

Esta multa, também conhecida como *astreintes*, tem a finalidade de coibir o descumprimento da obrigação, ou seja, forçar os genitores a conviver em harmonia em prol do melhor interesse da criança ou adolescente.

Quando o direito à visita é obstado pelo genitor guardião, há um entendimento pacífico quanto à aplicação das *astreintes* na jurisprudência.

GUARDA. REVERSÃO. VISITAS. O eventual descumprimento do direito de visita, de modo a impedir o seu exercício, não autoriza a reversão da guarda. Obstaculizada a visitação, melhor atende ao interesse dos filhos, a fixação de multa por visita frustrada. Afastadas as preliminares, agravo provido. (SEGredo DE JUSTIÇA). (Agravo de Instrumento n. 70011895190, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 21/09/2005)

No entanto, quando o genitor que não detém a guarda descumpre sua obrigação de conviver com sua prole, o entendimento da jurisprudência quanto à aplicação de multas é diverso, ou seja, entende que a convivência deve ser livre e espontânea entre as partes, não havendo de ser forçada, conforme jurisprudência:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DE VISITAS. MULTA PELO DESCUMPRIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. A imposição de multa em caso de descumprimento do dever de visita não constitui a forma mais adequada de garantir o direito do filho ao convívio com o pai, eis que o relacionamento entre ambos

deve se desenvolver a partir da livre e espontânea vontade das partes. RECURSO PROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70016868333, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em 01/11/2006)

Observa-se uma incongruência nas decisões, pois o direito à visita, o direito a conviver com os pais, é efetivamente da prole, sujeito este que tem especial proteção do Estado, por estar em desenvolvimento, portanto lesando-se está o melhor interesse da criança, que deve prevalecer em relação aos demais.

Sem entrar no mérito do resultado prático advindo de uma visita ocorrida por meio de força co-autora, não há como negar tratar-se de direito das obrigações e, portanto, passível da aplicação de uma multa cominatória. Efetivamente, submeter uma criança ou um adolescente a estar na companhia de alguém que ali se pôs, apenas porque foi coagido financeiramente, não trará os benefícios que a medida imaginou. Contudo, não pode ser negada a aplicação da *astreinte* a um genitor relapso, com fulcro na incompatibilidade advinda da natureza jurídica do dever de visitas.

É certo que as visitas decorrem do poder familiar e devem ser avaliadas em caráter multidisciplinar, sob a ótica atenta a cada caso concreto. No entanto, a evolução do direito das famílias deixou a marca obrigacional no instituto, existindo de um lado o direito do menor, garantido constitucionalmente, de crescer e conviver sob o afeto dos seus progenitores e, de outro, o dever do não guardião de cumprir também com esta obrigação.

Inconcebível retroceder no tempo e reverter a inobservância de uma obrigação determinada judicialmente em perdas e danos, negando a possibilidade de impedir a ocorrência deste descumprimento. Sob este aspecto, Cássio Scarpinella Bueno considera que:

Alterados os perfis e os objetivos dos Estados atuais, voltando-se a outros fins antes não concebidos, realinhados os papéis de suas diversas funções, inclusive do Poder Judiciário, não há

mais como sustentar que a cada impedimento – ou ameaça de impedimento – só reste ao credor da obrigação perseguir o seu equivalente monetário. Até porque, embora nem sempre – há. (BUENO, 2009, p. 234)

Não pode ser olvidado o fato de que a natureza jurídica da *astreinte* não é a cominação da multa. A penalidade, em si, decorre da inobservância do preceito cominatório, sendo, portanto, mera consequência do descumprimento.

Rolf Madaleno ensina que:

Se de regra o afeto não tem preço e nem deve ser mensurado, negá-lo por capricho também não deve ter medidas e limites, devendo antes, ser fórmula jurídica pronta e acabada, capaz de dar efetividade através do preceito cominatório ao sagrado direito de visitação. (MADALENO, 2004, p. 226)

Neste prisma, alerta Guilherme Rizzo Amaral (2004, p. 55) de forma incisiva que “a fixação da multa não tem finalidade em si mesma, eis que só existe como meio, ou técnica para a consecução da tutela jurisdicional.”

Sob este aspecto, inexistente razão para subsistir o entendimento que afasta a aplicação da multa pecuniária aos pais relapsos na visitação da sua prole, sobretudo sob a errônea justificativa de não ser factível do ponto de vista processual e incompatível com a natureza da obrigação. Diante da controvérsia, mais uma vez posiciona-se Rolf Madaleno com o seu brilhante ensinamento:

As visitas devem ser exercidas de forma adequada às circunstâncias do caso em concreto. O guardião deve possibilitar seu cumprimento e o visitante deve exercer as visitas conforme o acertado, podendo qualquer deles incorrer em sanções civis pelo descumprimento ou obstrução das visitas, inclusive com a aplicação das astreintes. (MADALENO, 2004, p. 227)

De qualquer sorte, os efeitos gerados por um ascendente não guardião, que atua com negligência perante seu filho, jamais poderão ser suplantados *in totum* por qualquer medida processual. Infelizmente, nem mesmo as condenações indenizatórias, ou a reversão do dever-direito de visitas, terão o condão de dirimir os danos causados pela paternidade-maternidade irresponsável. No entanto, a imposição das *astreintes* como forma de tutela tem o alcance de minimizar esses efeitos maléficos, que, mediante pressão psicológica, é capaz de reverter a conduta do obrigado inadimplente.

A ausência do convívio familiar gera graves consequências ao desenvolvimento do filho. É dever dos pais, da sociedade e do Estado garantir o cumprimento das visitas como forma de colaborar no desenvolvimento sadio, físico e emocional do menor.

6. A Alienação Parental e os Reflexos da não Convivência Familiar

A Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente, as jurisprudências primam pelo direito da criança em viver em um ambiente saudável, colocam em evidência o instituto familiar como base social, asseguram e protegem a convivência familiar.

Em decorrência da ruptura conjugal, os ex-cônjuges, impregnados de ressentimentos, confundem o fim dos laços matrimoniais com o fim do núcleo familiar, afastando a prole do convívio do genitor não guardião.

Alienação parental ou implantação de falsas memórias é o processo no qual um dos genitores objetiva afastar a criança ou adolescente da convivência do outro.

A exclusão parental, como também é conhecida, não é novidade, e maior atenção tem-lhe sido dedicada em razão de uma maior consciência em relação à importância dos laços familiares, da convivência e da busca da realização do direito a se ter uma família, seja como for a forma em que é constituída (GROENINGA, 2008, p. 120).

São incalculáveis os sofrimentos causados pelo não convívio da criança com seu pai ou sua mãe. Seus reflexos são notórios quando

verificadas as demandas acerca da indenização por dano moral em virtude do abandono, onde relatam suas frustrações com a ausência da figura paterna e/ou materna.

Para amparar o direito de visitas, a fim de proteger o direito da convivência familiar, entrou em vigor, no dia 26 de agosto de 2010, a Lei n. 12.318/2010, considerada a Lei da Alienação Parental.

Nas palavras de Melissa Telles Barufi:

Considera 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 sua autoridade, guarda ou vigilância, para que repudie o genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos. (BARUFI, 2010/2011, p. 40)

Com o intuito de priorizar o melhor interesse da criança e do adolescente, a Lei da Alienação Parental busca a conscientização e regulamentação da importância das relações familiares e da saúde psíquica do menor.

A síndrome da alienação parental não se confunde com a mera alienação parental. A primeira é o afastamento do filho de um dos genitores, incitado pelo outro, geralmente o detentor da guarda. A síndrome se refere às sequelas emocionais e comportamentais que venha sofrer a criança vítima daquele alijamento (FONSECA, 2007, p. 7).

Os danos da não convivência familiar na vida da criança refletirão na vida adulta, tornando-se adultos introspectivos, tímidos, inseguros, com baixa autoestima, prejudicando e/ou inviabilizando sua conduta social. Ao identificar a alienação parental, é necessária a tomada de medidas adequadas, visando à reconstrução do vínculo familiar, fortalecendo os laços afetivos para apagar os sentimentos de culpa, medo e mágoa, perpetrando um novo conceito de valor, baseados na personalidade e na dignificação do ser humano.

Observada a ocorrência da síndrome da alienação parental, zelando pela proteção integral do menor, cabe coibir a ação do alienante. Nesta busca, traz a lei a presença indispensável de psicólogos, psiquiatras, assistentes sociais, bem como a necessidade da capacitação do magistrado que cuida do caso, para que perceba a manipulação que esta sendo perpetrada sobre aquela criança, com o fito único e exclusivo de atender aos anseios de vingança do alienante (BRITO, 2011, p. 117).

Ao constatar a conduta do alienante, buscando reverter os prejuízos causados ao infante, buscar-se-á encaminhá-lo ao tratamento psicológico, restabelecer as visitas com o genitor alienado e aplicar sanção ao genitor alienante caso descumprida a decisão judicial.

Contudo, é indispensável que os pais sejam conscientizados que o maltrato psíquico e emocional da prole afronta seus direitos fundamentais, e as consequências futuras são desastrosas. Imperioso o exercício da convivência familiar como fonte basilar de afeto, amor, respeito e solidariedade.

Ademais, o convívio é direito da criança e do adolescente, e dever dos pais, cabendo ao Estado intervir, caso este direito seja suprimido. O direito à visita tem o objetivo de manter e fortalecer o vínculo entre os envolvidos, sendo responsabilidade dos pais adimplirem com a obrigação de estar com seus filhos, e, em caso de descumprimento, cabe ao Judiciário aplicar a multa cominatória.

7. O Descumprimento das Visitas: a Tutela Cominatória

A Constituição Federal de 1988 alterou a faceta patrimonialista que as Cartas anteriores apresentavam, trazendo em seu bojo a valorização da pessoa humana como alicerce primordial.

A proteção da família, insculpida no seu artigo 227, expressou bem esta alteração paradigmática, demonstrando a preocupação do legislador em assegurar aos menores o direito de conviver em família, a salvo de qualquer espécie de negligência, o que foi manifestado também posteriormente, com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei n. 8.069/1990.

O abandono material e afetivo incide diretamente na personalidade da criança e do adolescente. Há a necessidade da constante presença de ambos os genitores, dedicando-lhe afeto, transmitindo-lhe valores éticos e morais que irão nortear sua vida como ente de uma sociedade.

A ausência de um dos pais ou dos dois refletirá no desenvolvimento físico e emocional do menor, sendo, portanto, responsabilidade dos genitores organizarem o convívio após a ruptura conjugal de tal forma que os reflexos para a criança sejam mínimos.

Rolf Madaleno bem obtempera a importância da medida, e da sua utilização no direito familiar, ao afirmar que:

A tutela cominatória é um importante instrumento a serviço da maior excelência da efetividade do processo, pois sem as *astreintes*, certamente as ordens judiciais familistas se converteriam em meros conselhos, quase sempre ignorados por litigantes ressentidos e emocionalmente abalados. (MADALENO, 1998, p. 32)

Nesse sentido, contata-se que o processo civil brasileiro sofreu a tão aguardada adequação, capaz de assegurar a aplicação e a concretização dos ditames constitucionais e das legislações correlatas que tratam das questões familiares, garantidoras do direito dos menores de ter um convívio estreito e saudável, tanto com o genitor guardião como com aquele que detém o dever de visitação.

Como dito anteriormente, ao descumprimento do direito de visitas, cabe ao Juiz aplicar as *astreintes*, que funciona como um instrumento de coerção, visando a dar efetividade à decisão judicial.

O ordenamento jurídico brasileiro vem evoluindo na proteção da criança e do adolescente, com o objetivo de evitar abusos e abandonos, estabelecendo a tutela cominatória no direito de família, com o respaldo da responsabilidade civil, com o intuito de reparar os danos causados à prole.

Maria Berenice Dias explica:

TOALDO, Adriane Medianeira; RIEDER, Claudia Schmitt;
SEVERO, Eliane Celina Goulart Leal

A omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, deixando de atender ao dever de ter o filho em sua companhia, produz danos emocionais merecedores de reparação. Se lhe faltar essa referência, o filho estará sendo prejudicado, talvez de forma permanente, para o resto de sua vida. (DIAS, 2007, p. 407)

A convivência com ambos os pais é direito do filho, garantido na Constituição, indispensável para o completo desenvolvimento do menor; no caso de omissão de um deles, ocorre o dano moral, passível de reparação, é a indenização por abandono afetivo.

No entanto a jurisprudência tem-se manifestado sobre o assunto de maneira distinta, ora resguardando o direito da prole, observando o poder coercitivo das *astreintes*, a fim de fazer cumprir a tutela jurisdicional, ora direcionando o entendimento da ausência de convivência familiar como “fato da vida”. Vejamos:

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E MATERIAL. ABA-LO EMOCIONAL PELA AUSÊNCIA DO PAI. 1. O pedido de reparação por dano moral é juridicamente possível, pois está previsto no ordenamento jurídico pátrio. 2. A contemplação do dano moral exige extrema cautela e a apuração criteriosa dos fatos, ainda mais no âmbito do Direito de Família. 3. O mero distanciamento afetivo entre pais e filhos não constitui, por si, situação capaz de gerar dano moral, nem implica ofensa ao (já vulgarizado) princípio da dignidade da pessoa humana, e constitui antes um fato da vida. 4. Afinal o questionamento das raízes do afeto ou do amor, e da negação destes, leva a perquirir as razões íntimas do distanciamento havido entre pai e filho, que perpassam necessariamente as categorias do imanente e do transcendente e implicam indébita invasão do campo jurídico ao terreno conceitual impreciso que avança pelo mundo da medicina,

da biologia e da psicologia. 5. Embora se viva num mundo materialista, onde os apelos pelo compromisso social não passam de mera retórica política, em si mesma desonesta e irresponsável, nem tudo pode ser resolvido pela solução simplista da indenização, pois afeto não tem preço, e valor econômico nenhum poderá restituir o valor de um abraço, de um beijo, enfim de um vínculo amoroso saudável entre pai e filho, sendo essa perda experimentada tanto por um quanto pelo outro. Recurso desprovido. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70029347036, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 11/11/2009)

Atenta a referida decisão que a perda da convivência experimentada é de ambos, ou seja, do genitor e da prole, inobservando que o interesse do filho se sobrepõe ao interesse do pai ou da mãe. O direito de conviver em questão é da criança ou do adolescente, que necessita do apoio familiar para construir sua personalidade.

O nefasto efeito causado no íntimo do infante privado do seu direito à convivência é de responsabilidade do genitor ausente, inconstante, pois, ao abandonar uma criança em desenvolvimento, é marcá-la ao sentimento de desamor, inferioridade, incapacidade.

Contudo, assim também discorre a jurisprudência:

APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO DANOS MATERIAIS E MORAIS. ABANDONO DO FILHO. FALTA DE AMPARO AFETIVO E MATERIAL POR PARTE DO PAI. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REDIMENSIONAMENTO. A responsabilidade civil, no Direito de Família, é subjetiva. O dever de indenizar decorre do agir doloso ou culposo do agente. No caso, restando caracterizada a conduta ilícita do pai em relação ao filho, bem como o nexo de causalidade e o dano, cabe indenização por danos materiais e morais. Nas

demandas condenatórias, a verba honorária deve incidir sobre o valor da condenação. Inteligência do art. 20, § 3º, do CPC. RECURSO DO AUTOR PARCIALMENTE PROVIDO. APELAÇÃO DO REQUEIRDO IMPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70021427695, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em 29/11/2007)

A tutela cominatória no direito de família é imprescindível, pois a lei obriga e responsabiliza os pais no que toca aos cuidados com os filhos. A ausência destes cuidados, o abandono moral, viola a integridade dos filhos. (DIAS, 2007, p. 408)

Neste sentido, a *astreinte* pelo descumprimento do dever de visita ou a indenização pelo abandono afetivo não tem o valor de compensar os danos sofridos pela criança ou adolescente, pois esses são irreversíveis. O reconhecimento deste novo entendimento no direito de família visa a proteger as relações familiares.

Ora, se os pais não conseguem dimensionar a necessidade de amar e conviver com os filhos que não pediram para nascer, imperioso que a justiça imponha coactamente essa obrigação. (DIAS, 2007, p. 409)

Ademais, há a imposição da convivência familiar como um direito da criança e um dever dos pais em se tratando da ruptura da relação do casal; cabe exigir do pai ou da mãe que não se encontrar na guarda do filho a continuidade da relação afetiva como uma obrigação, sob pena de aplicação de multa em caso de descumprimento, pois, mesmo que os genitores visitem o filho por receio da punição, é válido para a criança que tem a oportunidade de estabelecer um vínculo com os pais.

A convivência familiar é uma obrigação, as relações humanas são subjetivas, mas o afeto nasce do convívio. O filho concebido é responsabilidade absoluta dos pais, independente quais sejam as condições da concepção. Com o nascimento do filho, nasce também a obrigação alimentar, tanto física como emocional, dever dos genitores, direito da criança, inalienável e, portanto, passível de reparação caso não cumprido.

Não cabe também ao genitor guardião impedir as visitas. Neste sentido a jurisprudência tem se manifestado:

DIREITO DE VISITAÇÃO DO GENITOR. DESENTEN-
DIMENTO ENTRE OS PAIS. APLICAÇÃO DE MULTA
À MÃE POR IMPEDIR A VISITAÇÃO DO PAI. 1. Não
é possível conhecer de matéria preclusa, nem de pedido que
não tenha sido objeto de apreciação no juízo de origem.
2. Como decorrência do poder familiar, tem o pai não-guar-
dião o direito de avistar-se com a filha, acompanhando-lhe a
educação e estabelecendo com ela um vínculo afetivo saudá-
vel. 3. Não havendo bom relacionamento entre os genitores
e tendo o pai condições plenas para exercer a visitação, deve
ser assegurado a ele o direito de conviver com a filha, in-
clusive através de aplicação de multa à guardiã por impedir
a visitação. 4. A mãe deve ser severamente advertida de que
deve respeitar o período de visitas, ficando esclarecida acerca
da responsabilização pela desobediência, bem como do risco
de que a guarda possa vir a ser revertida. 5. A multa deve
ser imposta em relação a cada descumprimento informado,
sendo inadmissível que se aguarde um somatório de condu-
tas maternas censuráveis a fim de multiplicar a penalização
pecuniária. Recurso conhecido em parte e parcialmente pro-
vido. (SEGredo DE JUSTIÇA) (Agravo de Instrumento
Nº 70023275803, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça
do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves,
Julgado em 25/06/2008)

Neste sentido busca-se que o convívio familiar seja exercido senão
pelo afeto, então pelo poder coercitivo da multa, a fim de conscientizar
os pais sobre a obrigação de conviver com sua prole, e deste convívio o
fortalecimento do amor e da cumplicidade.

A tutela cominatória, no descumprimento de visitas, é um importante instrumento a fim de fazer cumprir a tutela jurisdicional, no entanto, mais importante, ainda, é o cumprimento pelos pais de conviver com os filhos, tornando o vínculo familiar afetivo, baseado no amor, no respeito e na solidariedade, sendo o reflexo de uma sociedade saudável.

8. Conclusão

A entidade familiar passou por transformações sociais provocadas pela mudança de valores de seus integrantes, que passou a exigir em suas relações sentimentos de afeto, solidariedade, cooperação, estando em uma constante busca pela felicidade.

A família na sociedade contemporânea afastou a predominância dos interesses patrimoniais em virtude da revalorização da dignidade da pessoa humana, tendo a realização do indivíduo como meta fundamental. Neste sentido entende-se que a convivência familiar é basilar para a construção do vínculo afetivo.

A Constituição Federal de 1988 institucionalizou a dignificação do ser humano e colocou a criança como ser em desenvolvimento com especial proteção do Estado, da família e da sociedade. O Código Civil de 2002 observou importantes disposições em relação à proteção da personalidade, versando sobre a integridade física, psíquica e moral, acentuando a necessidade de tutela destes direitos nas relações familiares, para que esta cumpra a finalidade de bem cuidar do indivíduo em desenvolvimento.

Todo indivíduo é reflexo do meio em que vive. O indivíduo que recebe atenção, amor, educação tende a ser um cidadão hábil a viver em sociedade, enquanto que aquele que cresce em ambiente violento, sem regras, ignorado em suas necessidades fundamentais, torna-se um adulto revoltado e suscetível ao caminho do crime.

Ao término de uma relação, da qual nasceram filhos, a dissolução do vínculo afetivo ocorre somente entre os pais e a estes não cabem se abster aos direitos e deveres em relação aos infantes. Ademais, os laços de afeto existentes entre a criança e seus genitores devem ser preservados

para que os danos emocionais sejam mínimos, observando que a visita e a convivência harmoniosa é um direito-dever dos pais para com o filho, sendo muito mais direito do filho e dever dos pais.

Após o rompimento da relação, muitos filhos perdem o contato com os pais não guardiães, prejudicando a personalidade da criança que precisa do contexto familiar para desenvolver sua subjetividade como um ser social, baseados no afeto, no amor e na dignidade da pessoa humana.

Regulamentadas as visitas, e havendo o descumprimento por parte de um dos genitores, há a possibilidade de exigir a realização das visitas como forma de fazer prevalecer o direito da criança, direito este preponderante pela proteção integral, podendo inclusive aplicar-se multa cominatória pelo descumprimento.

Essa multa, também conhecida como *astreintes*, tem a finalidade de coibir o descumprimento da obrigação, ou seja, forçar os genitores a conviver em harmonia em prol do melhor interesse da criança ou adolescente.

Quando há a alienação parental, que é o processo pelo qual um dos pais procura impedir por completo o convívio do outro na vida da criança ou do adolescente, afastamento este que pode resultar em sequelas emocionais irreversíveis no filho.

Os danos da não convivência familiar na vida da criança refletirão na vida adulta, tornando-se adultos introspectivos, tímidos, inseguros, com baixa autoestima, prejudicando e/ou inviabilizando sua conduta social. Ao identificar a alienação parental, é necessária a tomada de medidas adequadas, visando à reconstrução do vínculo familiar, fortalecendo os laços afetivos, para apagar os sentimentos de culpa, medo e mágoa, perpetrando um novo conceito de valor, baseado na personalidade e na dignificação do ser humano.

Neste sentido, a *astreinte* pelo descumprimento do dever de visita ou a indenização pelo abandono afetivo não tem o valor de compensar os danos sofridos pela criança ou adolescente, pois estes são irreversíveis. O reconhecimento deste novo entendimento no direito de família visa a proteger as relações familiares.

A tutela cominatória no direito de família é um importante instrumento a fim de fazer cumprir a tutela jurisdicional, no entanto mais

importante ainda é o cumprimento pelos pais de conviver com os filhos. A dimensão deste amor refletirá para sempre na vida dos envolvidos.

O convívio familiar fortalece a autoestima, dignifica o ser, o poder do afeto, da compreensão, da solidariedade, é imensurável frente aos desígnios cotidianos. Fortalecer o filho com sentimentos nobres, auxiliando-o nas adversidades e dividindo suas derrotas e vitórias, fará de ambos vencedores: o pai e/ou a mãe pelo dever cumprido e o filho, cidadão, capaz de continuar o ciclo da vida, passando de geração em geração, o valor do respeito, do amor e da convivência familiar.

A relação de afeto é construída dia a dia, portanto, após o desenvolvimento deste estudo, conclui-se que a aplicação da multa cominatória no que tange as visitas é importantíssima a fim de fazer com que os pais cumpram o dever de estar com os filhos, e deste convívio ocorra o fortalecimento da relação de afeto. Ademais, a decisão judicial prima pelo melhor interesse da criança e do adolescente, nem sempre atendendo aos anseios dos pais, que devido aos seus conflitos e desentendimentos não visualizam o filho como ser principal, com proteção integral, descumprindo a determinação judicial, prejudicando assim a parte inocente do processo.

A aplicação da multa cominatória pelo descumprimento das visitas objetiva que o genitor se obrigue a conviver com o filho, a princípio pelo poder coercitivo da multa e, em um segundo momento, deste convívio, se estabeleça uma relação de respeito, cumplicidade e afeto, baseado no amor à criança ou adolescente.

Por fim, considera-se que a aplicação da multa no descumprimento de visitas é um importante instrumento a ser utilizado para fazer cumprir a decisão judicial e consequentemente oportunizar a criança ou adolescente à convivência familiar.

9. Referências Bibliográficas

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. As perspectivas e o exercício da guarda compartilhada consensual e litigiosa. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, n. 31, p. 19-30, ago./set., 2005.

- AMARAL, Guilherme Rizzo. *As Astreintes e o Processo Civil Brasileiro: multa do art. 461 do CPC e outras*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- BARROS, Sérgio Resende de. *Ideologia da família e vacatio legis*. 2001. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/ideologia--da--familia-e--i--vacatio--legis--i-.cont>>. Acesso em: 03 out. 2010.
- BARUFI, Melissa Telles. Nova Lei Protege o Direito de Visita. *Revista Síntese de Direito de Família*. São Paulo, v. 12, n. 63, p. 38-42, dez./jan., 2010/2011.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. In: *Vade Mecum Universitário RT 2011*. 3ª ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- BRITO, Barbara Heliodora de Avellar Eralta. Alienação Parental: um Abuso que não pode ser Tolerado pela Sociedade. *Revista Síntese de Direito de Família*. v. 12, n. 64, p. 114-128, fev./mar., 2011.
- BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CAHALI, Yussef Said (Org.). *RT Mini Códigos*. 10ª ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- _____. _____. 4ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007.
- FONSECA, Priscila Maria Pereira Correa da. Síndrome da Alienação Parental. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, v. 8, n. 5-16, p. 7, fev./mar., 2007.
- GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- GROENINGA, Giselle Câmara. O fenômeno da alienação parental. In: MADALENO, Rolf; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *Direito de Família: processo, teoria e prática*. Rio de Janeiro, Forense, 2008.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito Civil Aplicado: Direito de Família*.

TOALDO, Adriane Medianeira; RIEDER, Claudia Schmitt;
SEVERO, Eliane Celina Goulart Leal

São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 5.

_____. *Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MADALENO, Rolf Hanssen. *Direito de Família: aspectos polêmicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. *Direito de Família em pauta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

ORSELLI, Helena de Azeredo. Reflexões Acerca do Direito Fundamental do Filho à Convivência com o Genitor que não Detém sua Guarda. *Revista Síntese de Direito de Família*. São Paulo, v. 12, n. 63, p. 7-27, dez./jan., 2010/2011.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, v. 4, n. 16, p. 05-11, jan./mar., 2003.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento. Guarda. Reversão. Visitas. Afastadas as preliminares, agravo provido. Acórdão em Agravo de Instrumento n. 70011895190. Sétima Câmara Cível, Relatora Maria Berenice Dias. 21 de set. 2005. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 15 maio 2011.

_____. _____. Agravo de Instrumento. Direito de visitas. Multa pelo descumprimento. Impossibilidade. Recurso provido. Acórdão em Agravo de Instrumento n. 70016868333. Oitava Câmara Cível, Relator Claudir Fidelis Faccenda. 01 nov. 2006. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 15 maio 2011.

_____. _____. Apelação Cível. Indenização por dano moral e material. Abalo emocional pela ausência do pai. Acórdão em Apelação Cível n. 70029347036, Relator Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. 11 nov. 2009. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 15 maio 2011.

_____. _____. Apelação Cível. Indenização danos materiais e morais. Abandono do filho. Falta de amparo afetivo e material por parte do pai.

Recurso do autor parcialmente provido. Apelação do requerido improvido. Acórdão em Apelação Cível n. 70021427695. Oitava Câmara Cível, Relator Claudir Fidelis Faccenda, 29 nov. 2007. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 31 maio 2011.

_____. _____. Agravo de Instrumento. Direito de visitação do genitor. Desentendimento entre os pais. Aplicação de multa à mãe por impedir a visitação do pai. Recurso conhecido em parte e parcialmente provido. Acórdão em Agravo de Instrumento n. 70023275803, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, 25 jun. 2008. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 08 jun. 2011.