



UNIVERSIDADE ESTADUAL VALE DO ACARAÚ  
Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará  
Curso de Especialização em Direito Constitucional  
Turma IV

FRANCISCA SILVÂNIA RODRIGUES JORGE MACHADO

**PAIS ABANDONADOS: SOBRE O EXERCÍCIO DO DIREITO  
DE VISITA DOS PAIS QUE NÃO TÊM A GUARDA E SUA  
TUTELA PELO PODER JUDICIÁRIO**

FORTALEZA - CE  
2010

FRANCISCA SILVÂNIA RODRIGUES JORGE MACHADO

**PAIS ABANDONADOS: SOBRE O EXERCÍCIO DO DIREITO  
DE VISITA DOS GENITORES QUE NÃO TÊM A GUARDA E  
SUA TUTELA PELO PODER JUDICIÁRIO**

Monografia apresentada à Universidade Estadual Vale do Acaraú como requisito parcial para obtenção do Título de Especialista em Direito Constitucional pela Escola da Magistratura do Estado do Ceará em convênio com a Universidade Vale do Acaraú.

Orientador: Prof. Durval Aires Filho

FORTALEZA - CE  
2010

FRANCISCA SILVÂNIA RODRIGUES JORGE MACHADO

**PAIS ABANDONADOS: SOBRE O EXERCÍCIO DO DIREITO DE VISITA DOS GENITORES QUE NÃO TÊM A GUARDA E SUA TUTELA PELO PODER JUDICIÁRIO**

Monografia apresentada à Universidade Estadual Vale do Acaraú como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional pela Escola da Magistratura do Estado do Ceará em convênio com a Universidade Vale do Acaraú.

Monografia apresentada em: \_\_\_\_\_ / \_\_\_\_\_ / \_\_\_\_\_

Orientador: \_\_\_\_\_

Prof. Durval Aires Filho (UECE e Esmec)

1º Examinador: \_\_\_\_\_

Prof. Marcos Vinicius Matos Duarte

2º Examinador: \_\_\_\_\_

Prof. Flavio José Moreira Gonçalves (Unifor e Esmec)

Coordenador do Curso:

\_\_\_\_\_  
Prof. Ms

Ao meu marido, Francisco Roberto Machado, mestre e exemplo de magistrado, pelo companheirismo e contribuição na elaboração deste trabalho.

Aos meus filhos, Kaila Maria e José Phelippe, fontes de inspiração para a escolha do tema.

E por fim dedico o presente trabalho a todos os pais que, não tendo a guarda, lutam na Justiça para fazer valer o direito de conviver com seus filhos.

## **AGRADECIMENTOS**

Ao magistrado e professor Durval Aires Filho que, apesar de seus múltiplos encargos, aceitou o múnus de orientador deste trabalho, momento em que empreendemos leituras e debates sempre com o intuito de melhor adequação textual. Afinal, as palavras engendram as suas próprias aventuras (Gilberto de Mendonça Teles) e escrever é contar textos (Carlos Drummond de Andrade).

## RESUMO

A pesquisa estuda o denominado “Direito de Visita”, antes e depois de sua positivação em nosso ordenamento jurídico, e os mecanismos de que pode lançar mão o Poder Judiciário para coibir o abuso de direito do guardião em obstaculizar o exercício daquele direito por seu titular, o genitor a quem “não” se deferiu a guarda do filho por ocasião da separação ou divórcio dos pais. Pontuam-se os percalços para a realização, pelo Judiciário, do direito fundamental do menor à convivência familiar, família que, a partir de sua nova formatação constitucional, admite múltiplos núcleos familiares, em contraposição à vetusta família formada pelo casamento, a única que merecia, na ordem constitucional pretérita, a proteção do Estado. Estudam-se também os princípios que norteiam o Direito de Visita, mostrando que ofende a dignidade da pessoa humana o fato de o pai ou a mãe não terem, por razões injustas, a companhia de seus filhos, os quais, por sua vez, são ultrajados no exercício de seu sagrado direito fundamental à convivência familiar (art. 227, CF/88). Debate-se o problema da “alienação parental” e a síndrome dela decorrente, questão multidisciplinar, verdadeiro desafio comum entre o Direito e a Psicanálise. O tema também é versado sob a ótica da responsabilidade civil, defendendo-se a reparação por danos materiais e morais do lesado no exercício do direito de visita. Finalmente chama-se a atenção para a necessidade de se garantir maior efetividade às decisões judiciais, apontando-se a urgência na criação de mecanismos mais eficientes para punir, assim na área civil e penal, os responsáveis pela violação do exercício desse direito.

Palavras-chave: Direito de Visita e sua violação. Alienação parental. Tutela jurisdicional. Dano material e moral.

## ABSTRACT

This research intends to study the so called "visitation rights", before and after its entrance into our legal system, and the mechanisms which can be used by the Judiciary to avoid parent guardian from putting obstacles over to whom detains the visitation right, the abuse from the guardian towards the other parent who did not get the guard on divorce or separation decision. Some of the perquisites found by the judiciary to assure the minor's fundamental right to family convivial, family which, since its new constitutional formation, admits multiples family nucleus, contrary to the ancient family formed only by marriage, the only one which deserved, on late constitutional order the State's protection. It is also studied the principles which guide visitation right, showing the it offends human dignity the fact of mother or father not having, for unfair reasons, their children's company, who are insulted in their fundamental right of family convivial(art. 227, CF/88). The parental alienation is debated and the syndrome that comes from it, a multidisciplinary matter, a common challenge between the field of Law and Psychoanalyze. The theme is also seen by civil responsibility optics, where reparation for material and moral damage of the offended parent on his or her visitation right. Finally it is called to attention the necessity to assure a greater efficiency on judiciary decisions, pointing out to the urgency on the creation of mechanisms more efficient to punish, on civil and penal field the responsables for the violation of this right.

Key-words: Visitation right and its violation. Parental alienation. Jurisdictional Tutelage . Moral and material damage.

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NORTEADORES DO DIREITO DE VISITA.....	14
2.1 Princípio da igualdade entre os cônjuges.....	15
2.2 Princípio da dignidade da pessoa humana.....	17
2.3 Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.....	19
2.4 Princípio da afetividade.....	21
2.5 Princípio da solidariedade familiar.....	23
3 GUARDA.....	25
3.1 Guarda monoparental ou exclusiva.....	25
3.2 Guarda compartilhada.....	25
4 DIREITO DE VISITA E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	28
4.1 Direito de visita no Decreto-Lei nº 9.701/46.....	32
4.2 Direito de visita a partir do Estatuto da Mulher Casada, lei nº 4.121, de 27.08.1962.....	32
4.3 Direito de visita na Lei 6.515/77.....	33
4.4 Direito de visita no novo Código Civil.....	33
4.5 Alteração do art. 1.121 do CPC sobre direito de visita.....	35
4.6 Direito de visita dos terceiros.....	35
4.7 Direito de visita no direito comparado.....	36
5 QUESTÕES METAJURÍDICAS.....	38
5.1 Importância da convivência dos filhos com os pais.....	38
5.2 Suspensão ou impedimento da visita.....	38
5.3 Alienação parental.....	39



6 QUESTÕES PROCESSUAIS.....	42
6.1 Regulamentação do direito de visita.....	42
6.2 Descumprimento do direito de visita.....	43
6.3 Medidas assecuratórias da efetividade do direito de visita.....	44
6.4 Estudo interdisciplinar e mediação.....	45
7 DANO MORAL NO DIREITO DE FAMÍLIA.....	49
7.1 Guardião que impede ou dificulta o direito de visita do genitor-não-guardião.....	50
7.2 O abandono afetivo pela não visita ao filho incapaz.....	52
8 IMPLICAÇÕES GERADAS EM RELAÇÃO AO NÃO EXERCÍCIO DO DIREITO DE VISITA E SUA VISÃO PELOS DESTINATÁRIOS.....	54
9 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	55
REFERÊNCIAS.....	60

# 1 INTRODUÇÃO

Há anos exige-se a modernização do Poder Judiciário, a fim de garantir o cumprimento de suas finalidades no plano prático e ideal. Aliás, a expressão há muito em moda é mesmo “efetividade do processo” como tônica de que o “processo de resultados” seria o espelho de um Judiciário visto como verdadeiro superego da sociedade, capaz de realizar os anseios e necessidades de cidadãos carentes do exercício de direitos fundamentais.

A modernização do Judiciário, entretanto, passa por reformas em vários níveis: reforma institucional, reforma em sua forma de gestão e, como não podia deixar de ser, reforma da legislação processual, tendo em vista que a demanda no Judiciário se faz, como regra, quando o titular de um direito violado ou ameaçado, ou alguém em nome dele, deduz contra outrem uma pretensão em juízo no exercício do denominado “direito de ação” (art. 5º, XXX, CF/88).

Sabe-se que o processo é uma técnica por intermédio da qual o Judiciário (o Estado-Juiz) presta sua tutela jurisdicional, respondendo à pretensão que lhe é deduzida, por intermédio do exercício do direito de ação, e recompondo o direito violado, ou protegendo-o da ameaça de violação. Como técnica, ele é regido por normas legais (princípios e regras) capazes de garantir que a resolução do conflito se dê em ambiente de igualdade das partes perante o Estado-Juiz. Daí a imposição constitucional de um “devido processo legal” (art. 5º, LIV, CF/88), como tal aquele regulado pormenorizadamente em lei editada pelo Congresso Nacional, para valer igualmente para as partes e em todos recônditos de nossa federação.

Acontece que, mesmo aparelhado de boas leis, inclusive processuais, os atores do processo (juízes, membros do ministério público, servidores e advogados) nem sempre aplicam corretamente os diplomas legais, notadamente os princípios e as regras legais, gerando um indesejável emperramento dos processos e o retardamento da solução das demandas no Judiciário, além da ira ou desalento dos destinatários desse serviço público: o jurisdicionado.

No exercício de sua missão constitucional de dirimir conflitos e divergências, o Poder Judiciário também é chamado para intermediar questões ligadas ao mais sensível dos ramos do Direito Civil, no caso o Direito de Família e, no âmbito deste, questões que põem frente a frente duas pessoas que outrora sonharam em compartilhar afetos visando à realização de um núcleo familiar indissolúvel e a criação de filhos capazes de garantirem a perpetuação de sua linhagem neste planeta azul e solitário.

Desfeita a ilusão de uma união indissolúvel<sup>1</sup>, os pais passam a disputar, em terreno minado, a inglória missão de criar os filhos resultantes dessa união. Dependendo do clima de incivildade e incompreensão que se estabeleça entre estas duas criaturas, este terceiro personagem, o filho, passa a ser alvo de disputa entre os pais, notadamente pelo exercício do direito de visita.

Atenta a essa realidade é que, ao cabo do Curso de Especialização em Direito Constitucional, ministrado pela ESMEC, em convênio com a UVA, optou-se pela elaboração de uma pesquisa que pudesse focar essa melindrosa questão, diante de sua notável pertinência com o estudo do Direito Constitucional, ante a indubitável constatação da constitucionalização do Direito Civil e, via de consequência, de um dos seus ramos, o Direito de Família.

Com os olhos voltados para um Judiciário mais eficiente, que atenda aos anseios dos jurisdicionados, esta pesquisa intenta estudar, na Comarca de Fortaleza, especialmente nas Varas de Família, mecanismos capazes de coibir o abuso do guardião em obstaculizar o exercício do direito de visita pelo seu titular, o genitor a quem não se deferiu a guarda do filho.

É claro que, aqui, serão pontuados os percalços para a realização, pelo Judiciário, desse verdadeiro direito fundamental do menor, que é o direito à convivência familiar (art. 227, CF/88), família que, a partir de sua nova formatação constitucional, admite múltiplos núcleos familiares (§ 4, art. 226, CF/88), em contraposição à vetusta família formada pelo casamento, a única que merecia, na ordem constitucional pretérita, a proteção do Estado, a teor do art. 175 da Constituição Federal de 1967/69.

Não é possível deixar de pontuar que o Judiciário apresenta obstáculos intransponíveis à realização de sua missão, diante de sua dificuldade (quase permanente) de funcionamento,

---

<sup>1</sup> As mudanças são inerentes ao mundo da natureza e da cultura. O próprio cosmo é considerado um “caos organizado”. Isso quer dizer que estamos sempre prontos a restauração, à modificação ou à flexibilidade.

em razão de inúmeros problemas, a saber: (1) dificuldade de pessoal (carência de capital humano); (2) de equipamentos (falta de infraestrutura, como computadores mais modernos, impressoras eficientes e materiais de expedientes); e (3) número alentado de demandas (acúmulo de feitos - novos processos são autuados, enquanto os antigos não são solucionados.

Certo é que a máquina judiciária não tem se mostrado capaz de prestar a tutela jurisdicional com a efetividade e a presteza que, por sua vez, o lesado, no seu direito de visita, deseja e necessita, até como imperativo constitucional (art. 5º, LXXVIII, CF/88). Além disso, percebe-se que a demora do Judiciário em prestar a tutela é motivo de descrédito por parte daqueles que procuram a Justiça como a última alternativa para resolver seus problemas, chegando ao ponto de desistirem de lutar pelo seu direito sagrado de conviver com os filhos, como se pode ver em depoimentos transcritos em apêndice deste ensaio.

Imperioso constatar que ofende a dignidade da pessoa humana o fato de o pai ou a mãe não terem, por razões injustas, a companhia de seus filhos, que por sua vez são ultrajados no exercício de seu sagrado direito fundamental à convivência familiar (art. 227, CF/88).

Objetiva-se, portanto, trazer para debate essa problemática, para uma maior reflexão sobre o tema, alertando aos pais sobre os prejuízos irreversíveis que podem causar aos filhos com as suas atitudes egoísticas. Adverti-los também sobre a possibilidade de serem obrigados a reparar os danos causados aos filhos, na esfera patrimonial, por desvio desse direito, ou seja, responsabilizá-los tanto pelo injustificado obstáculo, como igualmente pela falta de visita.

Nessa linha, pretende-se, genericamente, chamar a atenção das autoridades judiciárias para o problema focado, visando à uma atenção especial para o tema, no sentido de garantir maior presteza na efetivação das decisões e, conseqüentemente, no resgate de uma visão de maior prestígio, restaurando a credibilidade do Judiciário cearense por parte dos que procuram a Justiça, especialmente no âmbito das Varas de Família da Capital.

Abordar a problemática para que os poderes constituídos e a sociedade despertem interesses sobre o tema, a fim de que possam definir a criação de mecanismos mais eficientes para punir os responsáveis pelo impedimento arbitrário do exercício do direito de visita, principalmente do genitor que não tem a guarda, sempre no intuito de proteger o bem estar do menor, resguardando, acima de tudo, seu aspecto psicológico, para, só assim, poder construir uma sociedade de homens mais sãos e, por que não dizer, uma sociedade mais justa e solidária.

É objetivo particular desta pesquisa indicar soluções visando suprimir a ausência que existe na prestação jurisdicional quanto ao exercício do direito de visita, ante ao instrumental jurídico existente, a exemplo do parágrafo 5º do artigo 461 do CPC. Bem aplicado, isto resolveria, ou pelo menos diminuiria, o descumprimento do dever-direito de visita.

Fixada a estruturação dos problemas e a apresentação dos objetivos, lançamos pelos menos duas hipóteses, seguida de uma variável, aliás, já apresentada como justificativa:

a) Demonstrar que a sociedade evoluiu e que os pais de hoje exercem um papel mais participativo na vida dos filhos, sendo o direito de visita um direito do filho e um “dever-direito” dos pais que não têm a guarda de manter a convivência e os laços afetivos com seu filho, no interesse deste, quando ocorre a quebra da convivência dos pais.

b) Provar que as visitas têm a concreta finalidade de favorecer as relações humanas e estimular a corrente de afeto entre o titular e o menor, porém, advertindo que o bem mais valioso é o interesse do menor no caso de conflito, tanto que em “mãos desaconchegadas” pode se converter em algo particularmente contraproducente e perigoso para uma criança que ainda não tem uma formação psicológica definida, algo ainda delicado e receptivo.

A variável consiste em demonstrar que somente com um Judiciário eficiente, capaz de fornecer respostas com presteza aos jurisdicionados lesados nos seus direitos, é que podemos mudar a realidade, evitando, assim, a multiplicação de demandas sem resultados práticos. Numa palavra: demonstrando e provando as duas hipóteses, a variável assumiria uma ordem de transformação.

O método utilizado na abordagem é o argumentativo, seguido de deduções lógicas, enquanto a pesquisa é bibliográfica, ainda que se tenha ousado coletar outros documentos mediante a elaboração de um apêndice, no qual transcrevemos duas entrevistas revelando o sentimento dos entrevistados em relação à Justiça, sem prejuízo da anexação de projeto de lei que dispendo sobre alienação parental.

## 2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NORTEADORES DO DIREITO DE VISITA

Os princípios jurídicos são a base do ordenamento. Há distinção entre regras e princípios. Modernamente, os princípios ganharam importância real, deixando para trás a antiga noção expressa da Lei de Introdução ao Código Civil (art. 4º) de que teriam aplicação subsidiária. Hoje os princípios não são meros acessórios interpretativos e, sim, enunciados que consagram conquistas éticas da civilização e por isso, estejam ou não expressamente previstos nas leis ou na Constituição, aplicam-se obrigatoriamente a todos os casos concretos.<sup>2</sup> Se uma regra ou norma jurídica ofende um princípio, afasta-se a aplicação da norma e aplica-se o princípio.

As normas constitucionais conquistaram status pleno de normas jurídicas, dotadas de imperatividade e aptas a tutelar, direta e imediatamente, todas as situações que contemplam.<sup>3</sup> Regras são descritivas de condutas. Princípios são valorativos ou finalísticos. Com o pós-positivismo os princípios foram conduzidos ao centro do sistema jurídico e conquistaram status de norma com eficácia jurídica e aplicabilidade direta e imediata. As normas em geral e as constitucionais em particular enquadram-se em duas categorias diversas: os princípios e as regras. As regras são um conjunto delimitado de situações (são relatos descritivos de determinadas condutas). Ocorrendo na vida real o fato previsto no seu relato, a regra deve incidir, em nome do mecanismo tradicional da subsunção (enquadramento dos fatos na previsão abstrata e produz-se uma síntese - conclusão). A aplicação da regra se opera no sistema do tudo ou nada (ou ela regula a matéria em toda sua inteireza ou é descumprida). Por sua vez, os princípios contêm relatos com maior grau de abstração, não especificam a conduta a ser seguida e se aplicam a um conjunto de situações por vezes indeterminadas. Em uma ordem democrática, os princípios entram em tensão, apontando direções diversas. Por essa razão, sua aplicação deve-se dar mediante ponderação (princípio da proporcionalidade),

---

<sup>2</sup> PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. **Direitos fundamentais e relações familiares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 105-106.

<sup>3</sup> MARQUES, Suzana Oliveira. **Princípios do direito de família e guarda dos filhos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 36.

preservando-se o máximo de cada um dos princípios em choque. Sua aplicação será graduada e não no esquema *tudo ou nada*.<sup>4</sup> As regras desempenham o papel da segurança jurídica (previsibilidade e objetividade das condutas), enquanto os princípios dão margem à realização da justiça do caso concreto. A diferença entre regra e princípio parece nítida. Todavia, em direito de família, suas regras devem ser imantadas pelos princípios, não havendo distanciamentos, mesmo em nome da segurança. A Constituição passa a ser a lente através da qual se lêem e se interpretam todas as normas infraconstitucionais.

Os princípios jurídicos, repita-se, são a base do ordenamento e, portanto, dão fundamento de validade às regras jurídicas. Daí porque quando uma regra jurídica ofende um princípio, repise-se, afasta-se a aplicação daquela. Os princípios servem, portanto, de guia de orientação na busca do sentido e alcance das regras jurídicas. No caso de lacuna ou obscuridade da lei, os princípios atuam como elemento integrador do direito (art. 126, CPC).

Os princípios estão expressa ou implicitamente contidos na Constituição e nas leis (§ 2º, art. 5º, CF/88). É na Constituição Federal, entretanto, que encontramos a fonte de basicamente todos os princípios.

Há princípios fundamentais norteadores do Direito de Família. Aqui, interessa-nos o estudo de apenas alguns desses princípios, especificamente aqueles que diretamente norteiam o Direito de Visita, a saber: 1) princípio da igualdade entre os cônjuges; 2) princípio da dignidade da pessoa humana; 3) princípio do melhor interesse da criança e do adolescente; 4) princípio da afetividade; 5) princípio da solidariedade familiar.

## **2.1 Princípio da igualdade entre os cônjuges**

Na ordem constitucional caduca e na vigência do Código Civil de 1916, em sua redação primitiva, não havia igualdade entre os cônjuges: a mulher saía do jugo do pai e passava direto ao jugo do marido, não sendo dotada de plena capacidade de fato. A partir de 1962, com a alteração do Código Civil pela Lei 4.121/62 (Estatuto da Mulher Casada), adquiriu a mulher plena capacidade para os atos da vida civil.

Na redação primitiva do Código Civil de 1916, até a vigência da Lei 4.121/62, a mulher, de qualquer sorte, permaneceu em desvantagem quanto ao exercício do pátrio poder<sup>5</sup>. Na

<sup>4</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional inovadora. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 325.

<sup>5</sup> Hoje, Poder Familiar, feliz expressão cunhada pelo saudoso Prof. Miguel Reale.

separação do casal, havendo discordância entre os cônjuges, o pátrio poder permanecia sob a titularidade do pai, estabelecendo-se, ainda, que à mãe cabia apenas a guarda das filhas menores, ficando ela com a guarda dos filhos varões apenas até a idade de seis (06) anos, quando estes passavam legalmente à guarda do pai (§§ 1º e 2º, art. 326, CC-1916).

Com a vigência da Lei 4.121/62, foi alterada a redação do art. 326 do Código Civil, modificando-se os critérios de atribuição de guarda, em caso de disputa entre os pais, de acordo com cada modalidade de separação.

Em 1977, a Lei do Divórcio revogou os arts. 325 e 326 do Código Civil, dispondo sobre a matéria nos arts. 9º a 16. A partir de então, os filhos ficavam sob a guarda do cônjuge inocente ou, no caso de separação-falência, com o cônjuge com quem os filhos já conviviam ao tempo da ruptura da vida em comum (art. 10).

A partir da década de sessenta do século XX, a maioria das decisões do Poder Judiciário atribuía preferencialmente à mãe, quando da separação do casal, o exercício da guarda dos filhos menores, sob o argumento, nem sempre verdadeiro, que ela era dotada de vocação inata para criar e educar os filhos. Quer dizer: o homem, o pai, continuou a ser visto apenas como um provedor. Felizmente, depois que a Constituição Federal de 1988 garantiu, expressamente, plena igualdade de direitos entre o homem e a mulher<sup>6</sup>, inclusive os referentes à sociedade conjugal (art. 5º, I c.c.art. 226, § 5º, ambos da CF/88) e o novo Código Civil expressou essa igualdade de direitos e deveres entre marido e mulher no casamento (art. 1.511), essa preferência da mãe passou a ser veementemente contestada pela doutrina, sob o argumento de que ofendia o princípio constitucional da igualdade.<sup>7</sup>

No visível propósito de contornar a questão da alegada ofensa ao princípio da igualdade, o vigente Código Civil (art. 1.584) optou, na ausência de acordo entre os cônjuges, por atribuir a guarda dos filhos àquele que revelasse melhores condições para exercê-la, positivando o princípio da melhor proteção ao interesse da criança, assunto que será enfrentado mais adiante.

---

<sup>6</sup> Ainda que não seja propósito deste trabalho qualquer abordagem econômica, a igualdade entre homens e mulheres passa também por esse imperativo. Há muito tempo que as mulheres deixaram o papel de simples doméstica e passaram a enfrentar o mercado de trabalho, tornando-se partícipe da formação patrimonial da riqueza familiar.

<sup>7</sup> LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Guarda de filhos**: Os conflitos no exercício do poder familiar. São Paulo: Atlas, 2008, p. 100.



Aqui, falou-se do princípio da igualdade entre os cônjuges quanto ao exercício da guarda, impondo-se seu respeito, em harmonia com os demais princípios que regem o assunto, também em relação às decisões sobre o exercício do direito de visita. Como veremos mais adiante, ambos os cônjuges são titulares do pátrio poder, hoje denominado poder familiar (arts. 1.631 e 1.632, ambos do Código Civil), embora, na separação ou no divórcio, apenas a um deles, como regra, seja atribuída a guarda dos filhos menores (art. 1.584, CC), ressalvado ao outro apenas o direito de visita (art. 1.589, CC), exercício que, não raras vezes, é desrespeitado pelo titular da guarda, impondo-se a intermediação judicial para dirimir a divergência. A propósito, quando os pais divergem quanto exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para a solução do desacordo (art. parágrafo único do art. 1.631 do Código Civil). O Código fala em divergência e não em conflito, de modo a justificar, portanto, o exercício da denominada jurisdição voluntária e não da jurisdição contenciosa do Estado.

É certo que a igualdade entre os cônjuges justificaria uma guarda compartilhada. Mas como esta modalidade de guarda é experiência novíssima em nosso ordenamento, a prática ainda prevalente é a da atribuição da guarda dos filhos menores apenas a um dos cônjuges, preferencialmente à mãe, ressalvado ao outro o direito de visita (art. 1.589, CC). Portanto, quando o ex-cônjuge embaraça ou nega ao outro o exercício do direito de visita, o Juiz há de garantir esse exercício sem tergiversação, em respeito, primordialmente - a par de outras considerações - ao princípio da isonomia.

## 2.2 Princípio da dignidade da pessoa humana

O conceito de dignidade da pessoa humana segundo Ingo Wolfgang Sarlet passa por um valor intrínseco e diferenciado do homem. Ensina ele que dignidade é:

a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria e da vida em comunhão com os demais seres humanos.<sup>8</sup>

O princípio da dignidade da pessoa humana tem sido consagrado em diversas Constituições, especialmente naquelas concebidas após os regimes totalitários que

<sup>8</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 60.

culminaram com a 2ª Grande Guerra (1939/1945), a exemplo do nazismo na Alemanha de Hitler (1939/1945).

Sabe-se que até a 2ª Guerra Mundial ainda estávamos sob o domínio do Estado Moderno ou Liberal e do positivismo jurídico, caracterizado por um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e pela lei como uma estrutura meramente formal. Finda a 2ª Guerra, com seu famigerado holocausto<sup>9</sup>, a ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal (positivismo) já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido. Nasce a partir de então o Estado pós-moderno - e, com ele, o denominado *pós-positivismo*, um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação (relação entre valores, princípios e regras, aspectos da nova hermenêutica constitucional) e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sob o fundamento da dignidade humana<sup>10</sup>.

No Brasil, o princípio da dignidade da pessoa humana somente restou consagrado expressamente na CF/88, sendo positivado como um dos fundamentos de nossa República, esta ali também consagrada como um Estado Democrático de Direito (art. 1º, III). Importante deixar assentado que a valoração desse princípio visa à consideração da pessoa humana enquanto valor supremo de qualquer ordem filosófica ou jurídica, com base no pensamento Kantiano de que todo homem é portador de uma idêntica dignidade, pelo só fato de ser humano, sendo sua dignidade, portanto, imanente, independentemente de sua origem, raça, sexo, cor ou quaisquer outros requisitos, pois se considera o homem como o fim e não o meio. E ser “fim em si”, segundo Oscar Vilhena Vieira, significa ser considerado como feixe de razão e sentimentos que não podem ser injustificadamente suprimidos<sup>11</sup>. Este princípio identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. A dignidade está relacionada com a liberdade e valores do espírito e também com as condições materiais de subsistência. Embora existam visões mais ambiciosas do alcance elementar deste princípio, há razoável consenso no sentido de que ele garante pelo menos o mínimo existencial: o direito à renda mínima, saúde básica, educação fundamental e acesso à justiça.<sup>12</sup>

---

<sup>9</sup> Sacrifício de 5 milhões de judeus pelos nazistas liderados por Hitler, escudado no positivismo jurídico.

<sup>10</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional inovadora. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 32.

<sup>11</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 68.

<sup>12</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2004, p. 61.

A dignidade da pessoa humana é fonte material de direitos fundamentais, albergando múltiplos valores afins. Alguns são essenciais ao pleno desenvolvimento da personalidade, como **a liberdade e a igualdade**, valores cuja violação atenta contra a própria dignidade.

Em respeito à dignidade da pessoa humana, proíbe-se até mesmo retrocessos legislativos/administrativos que tenham por objeto suprimir direitos sociais, quando pertinentes ao denominado mínimo existencial (ou mínimo vital), enquanto garantia material de um mínimo para uma vida digna, quando será possível, em nome do princípio da proporcionalidade, mitigar até mesmo os princípios da “reserva do possível” e da “separação dos poderes.”<sup>13</sup>

Sabe-se que o Código Civil caduco era fruto do individualismo liberal do século XVIII, sob a influência do Código de Napoleão, havendo uma preocupação maior com o indivíduo e com o sentido patrimonial dos direitos, deixando em plano secundário os direitos de personalidade e a dignidade da pessoa humana. O Estado pós-moderno e o pós-positivismo, felizmente, operaram mudanças radicais em nosso sistema jurídico. Hoje já está consolidado no pensamento da sociedade contemporânea que os princípios constitucionais não são apenas princípios políticos, prestando-se para orientar a interpretação das normas ordinárias. No Brasil, a CF/88 marca uma nova era do estudo jurídico e, em particular, no Direito Civil, elegendo alguns valores como orientadores da interpretação, de modo a preocupar-se preponderantemente com o “ser.”<sup>14</sup>

O novo Código Civil surge nesse ambiente, de tal sorte que a dignidade da pessoa humana, como princípio constitucional fundamental, passa a ter interferência crucial nas relações do Direito de Família<sup>15</sup>, impondo-se sua observância, via de consequência, quando o Poder Judiciário houver que dirimir divergência quanto ao exercício do poder familiar, especialmente no que pertine ao exercício do direito de visita.

### **2.3 Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente**

O novo Direito de Família não se satisfaz apenas com as instituições já conhecidas e sedimentadas. A Constituição Federal de 1988 captou novos valores, dando primazia à

---

<sup>13</sup> Ibid., 2004, p. 62.

<sup>14</sup> PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. **Direitos fundamentais e relações familiares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 96.

<sup>15</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito de família brasileira**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p.180.

dignidade humana.<sup>16</sup> Há uma exigência da participação responsável dos atores sociais na busca da dignidade do ser humano, de maneira que nenhuma instituição pode servir de óbice à sua concretização. É imposto ao indivíduo o sacrifício de seus interesses individuais em função do coletivo, motivo porque os pais compartilham a guarda pelo “melhor interesse da criança”<sup>17</sup>, daí a responsabilidade dos pais pela visitação como forma de possibilitar um desenvolvimento moral, psíquico e intelectual aos filhos, como, de fato, é dever da família, da sociedade e do Estado colocar a criança e o adolescente a salvo de toda forma de negligência, garantindo-lhe permanente convivência familiar, que, como se verá adiante, importa em assegurar-lhe permanente convivência com ambos os pais, a despeito da separação ou divórcio destes (CF/88, art. 227).

Se a CF/88 já havia expressado em seu art. 227 os direitos fundamentais da criança e do adolescente, fê-lo também, no plano da legislação ordinária, o Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 3º e 4º). No plano internacional, o “princípio do melhor interesse da criança” é expresso na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1989, convenção ratificada no Brasil através do Decreto Legislativo nº 28, de 14/9/1990, sendo promulgado pelo Decreto Presidencial nº 99.710, de 21/11/1990, cujo preâmbulo é do teor seguinte: “Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.”

O Código Civil de 2002, atento às alterações ocorridas no âmbito das relações familiares com a pós-modernidade e atendendo às emanções de nossa Constituição Federal de 1988 e da Declaração Internacional dos Direitos da Criança, em consonância com as normas já positivadas no Estatuto da Criança e do Adolescente, dispôs em seu art. 1.584: “Decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la.”

A interpretação literal desse comando normativo parece preocupar-se com o titular da guarda. Em verdade, deve ele ser interpretado como sendo propósito da lei o de positivizar o princípio do melhor interesse da criança, que deita suas raízes no *parens patriae*, do direito

---

<sup>16</sup>PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.127.

<sup>17</sup>MARQUES, Suzana Oliveira. **Princípios do direito de família e guarda dos filhos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.40.

anglo-saxônico, que tinha por objetivo proteger aqueles que não tinham condições de fazê-lo sozinho.<sup>18</sup>

É comum os filhos se tornarem moeda de troca dos pais no processo judicial. É por isso que o Poder Judiciário, antes mesmo da CF/88, já vinha repudiando essa atitude, determinando que, em caso de disputa entre cônjuges separados, não se atende à vontade dos pais, mas à conveniência e bem-estar dos filhos, de modo a deferir a guarda a quem, realmente, tenha melhores condições de exercê-la.<sup>19</sup> O melhor interesse da criança deve ser avaliado frente ao caso concreto, com a ajuda profissional de um perito, se necessário. Somente depois de sopesados os valores e as diversas capacidades dos pais (afetivas, intelectuais, culturais, morais e psicológicas), além do ambiente onde vivem, decide-se sobre qual dos cônjuges ficará com a guarda dos filhos, se não se revelar recomendável a guarda compartilhada.

Aqui o princípio do melhor interesse da criança ou do adolescente há de ser cuidadosamente observado quando do estabelecimento não apenas da guarda, mas, também, em relação ao exercício do direito de visita daquele que ficou preterido do exercício da guarda dos filhos. É um direito do filho, constituindo-se, igualmente, dever-direito dos pais.

## 2.4 Princípio da afetividade

No século XIX, a família era marcadamente patriarcal, estruturando-se em torno do patrimônio familiar, porque sua finalidade era, marcadamente, econômica. No Estado pós-moderno a mulher libertou-se do jugo do marido e, assumindo lugar no mercado de trabalho, permaneceu ao seu lado primordialmente por uma questão de afetividade. O afeto, portanto, passou a constituir elemento essencial do núcleo familiar.<sup>20</sup>

A partir do denominado Estado pós-moderno, o então caráter iluminista patrimonializante da família cedeu à dignificação do ser humano. Logo, é correto afirmar-se que o macroprincípio da dignidade da pessoa humana fecundou o novo Direito de Família, de sorte a surgirem corolários seus, dentre os quais o princípio da afetividade<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Guarda de filhos**: Os conflitos no exercício do poder familiar. São Paulo: Atlas, 2008, p. 101.

<sup>19</sup> TJMG, Ac 68.891, Rel. o Des. Vaz de Melo, J. em 17.4.1986. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.134.

<sup>20</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha, op. cit., 2005, p. 179-180.

<sup>21</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha, op. cit., 2005, p. 182.

Posto que não explícito, o princípio da efetividade, portanto, tem fundamento constitucional originário na dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1º, III), assim também na previsão do reconhecimento das várias espécies de entidades familiares (CF/88, art. 226, § 4º) e na proteção à criança e ao adolescente (CF/88, art. 227).

O princípio da afetividade, já se disse, encontra sustentáculo também no § 4º do art. 226 e no art. 227, ambos da CF/88: o primeiro, garantindo a ideia de entidade familiar à comunidade formada por qualquer dos pais, ainda que separados ou divorciados, e seus descendentes<sup>22</sup>; o segundo, impondo ao Estado o dever de assegurar à criança e ao adolescente, dentre outros, o direito à convivência familiar, deixando-os a salvo de qualquer negligência, violência (física ou psíquica), crueldade e opressão. Com a separação ou o divórcio, dá-se apenas a separação dos pais, separação que não pode ser imposta aos filhos. Ainda menores, não raras vezes os filhos ficam separados de um dos pais, porque o genitor-guardião impõe ao outro a ignominiosa síndrome da alienação parental, retirando do filho o direito à convivência familiar com o genitor a quem não coube sua guarda. Em outras palavras, o genitor-não-guardião, quando vilipendiado pelo outro quanto ao exercício do direito de visita, vai sendo afastado progressivamente da convivência com o filho, o qual, vítima de influências negativas ministradas pelo genitor-guardião, passa a ver o outro genitor como um intruso ou vilão<sup>23</sup>. As razões dessa alienação parental, portanto, têm que ser cuidadosamente analisadas pelo juiz a quem competir a decisão sobre o direito de visita, sempre cuidando para garantir ao filho a plena convivência familiar, que é positivada em nosso ordenamento jurídico como verdadeiro direito fundamental do menor (art. 227, CF/88), sempre tendo em mente que os pais, isoladamente, constituem, juntamente com os filhos, entidades familiares distintas, cada uma destinatária da mesma proteção estatal.

Anote-se que questões patrimoniais devem ser recusadas como justificativas dessa alienação parental. Segundo preciosa lição de Maria Berenice Dias, o princípio da efetividade faz com que, no âmbito familiar, a afetividade se sobreponha às questões patrimoniais.<sup>24</sup> Portanto, ainda que o pai esteja inadimplente com a obrigação alimentar, isto não é

---

<sup>22</sup> Quer dizer: os pais, ainda que separados ou divorciados, constituem, juntamente com seus filhos, uma entidade familiar distinta. É certo que, com a separação ou o divórcio, há a dissolução da sociedade conjugal ou do casamento, mas não a dissolução da entidade familiar. Ao contrário, cada cônjuge individualmente, ao lado de seus filhos, passa a constituir uma entidade familiar distinta.

<sup>23</sup> OLIVEIRA, J. F. Basílio de. **Guarda, visitação, busca e apreensão de menor**. 3. ed. Leme-SP: BH Editora e Distribuidora, 2009, p. 409.

<sup>24</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 67.

justificativa para afastar a garantia constitucional do filho à convivência familiar com o genitor-não-guardião.

Repita-se: com a separação formam-se dois núcleos familiares (a mãe e os filhos, de um lado; e o pai e os ditos filhos, de outro lado). Logo, os filhos têm direito à convivência indistintamente nesses dois núcleos familiares. Aliás, eles são partes integrantes, por imposição constitucional, desses dois núcleos familiares (§ 4º, art. 226, CF/88). Como corolário, a cada um dos pais, isoladamente, é garantido o dever-direito a essa convivência familiar, de tal sorte que o exercício do direito de visita não lhe pode ser negado, adiado, amesquinhado, garantindo-se-lhe, inclusive, indenização por dano moral a cargo do ex-cônjuge transgressor desse direito-dever, matéria que será tratada aqui, mais adiante, em capítulo próprio.

## 2.5 Princípio da solidariedade familiar

Construir uma sociedade livre, justa e solidária constitui objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, *ex vi* do disposto no art. 3º, I, da Constituição Federal de 1988. Por razões óbvias - leciona Flávio Tartuce - esse princípio acaba repercutindo nas relações familiares<sup>25</sup>, exatamente porque solidariedade é um sentimento que leva as pessoas a se ajudarem mutuamente.<sup>26</sup>

O princípio da solidariedade familiar está positivado no art. 229 da Constituição Federal de 1988: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.”

Não apenas criar e educar, mas também assistir, no sentido de acompanhar, apoiar, ser presente, estar próximo, conviver, conhecer, cuidar. Quer dizer: como corolário da ética, o pai deve “cuidar” do filho menor, mesmo que a guarda esteja sob o jugo do outro cônjuge. Portanto, a ação de cuidar exige convivência cotidianamente do pai com o filho, mesmo não tendo sua guarda, no propósito de assisti-lo até a idade adulta. Se é indiscutível que a mãe é a personagem central, a figura paterna também é considerada uma referência indispensável à formação social, profissional e psicológica dos filhos, não podendo ser alijada desse processo de formação.

---

<sup>25</sup> TARTUCE, Flávio apud MARQUES, Suzana Oliveira. **Princípios do direito de família e guarda dos filhos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 37.

<sup>26</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 63.

O dever de assistência constitui, a rigor, verdadeiro poder-dever dos pais. Sendo um dever, constitui também um direito, de tal sorte que o princípio da solidariedade familiar há de ser considerado e ponderado pelo Juiz quando se deparar com um caso concreto de alegação de malferimento ao exercício do direito de visita daquele que ficou preterido do exercício pessoal da guarda dos filhos do casal separado ou divorciado, impondo-se ao juiz que um cônjuge não submeta o outro à multirreferida alienação parental, assunto que, em boa hora, já vem sendo alvo de estudo pela doutrina e jurisprudência e há de constituir uma preocupação diuturna da magistratura, no propósito de garantir ao menor o direito fundamental à convivência familiar com ambos os pais (art. 227, CF/88).

Finalmente esta máxima não se encerra no dever de assistência, criação e educação de filhos menores. É via de mão dupla: há também o dever de assistir os pais, quando o filho menor de hoje atingir a emancipação. Pelo princípio da solidariedade, as contingências da vida não devem ser negligenciadas. Não é uma troca ou compensação, mas um digno e justo reconhecimento de uma geração pela outra<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> O conceito de solidariedade entre gerações, no sentido mais amplo, pode ser obtido no Direito Constitucional Ambiental, de José Joaquim Gomes Canotilho. É evidente que “o tomar a sério os interesses das gerações futuras” está voltado a um ambiente centrado no desenvolvimento sustentável. Mas há uma preocupação nisso é fundamental. No Direito de Família, a solidariedade se resolve com um olhar “retrô”. A preocupação não é com o futuro, mas com aqueles que já deixaram sua contribuição.



## 3 GUARDA

### 3.1 Guarda monoparental ou exclusiva

O Código Civil estipula que, em caso de decretação da separação judicial ou do divórcio, sem que haja acordo quanto à guarda dos filhos, será esta atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la (art. 1.584). A regra, pois, é a guarda monoparental (também denominada unilateral ou exclusiva), deferida a apenas um dos genitores ou mesmo a um terceiro, se o juiz verificar que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe (par. único, art. 1.584, CC), ressalvado ao genitor, em cuja guarda não estejam os filhos, o exercício do direito de visita (art. 1.589, CC).

### 2.2 Guarda compartilhada

A guarda compartilhada é o exercício conjunto e equânime entre pai e mãe, uma vez separados e vivendo em domicílios distintos, das atribuições e responsabilidades pela criação e educação dos filhos, ampliando-se a convivência entre os pais e respectivos filhos. Depois de positivada em nosso ordenamento por força da edição da Lei nº 11.698/2008, o compartilhamento constitui um modelo de guarda hoje considerado como o mais recomendável e conveniente, por atender de forma mais abrangente os interesses do menor, além de representar o meio mais eficaz de exercício da autoridade parental e de garantia de implemento do direito fundamental do menor à convivência familiar, porque garante a continuidade do bom relacionamento entre pais e filhos, quando se consuma a fragmentação da família, pela separação ou pelo divórcio, em dois núcleos familiares distintos (§ 4º, art. 226, CF/88).<sup>28</sup>

Quantos aos objetivos, a guarda compartilhada ou conjunta visa manter vivos os laços parentais, proporcionando amor aos filhos e deferindo aos pais, conjuntamente, a resolução dos problemas advindos das relações com os filhos e desses com a sociedade.<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> OLIVEIRA, J. F. Basílio de. **Guarda, visitação, busca e apreensão de menor**. 3. ed. Leme-SP: BH Editora e Distribuidora, 2009, p. 409.

<sup>29</sup> LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 35.

Não se deve confundir guarda compartilhada com guarda alternada. Como adverte Rolf Madaleno:

Não é deixar o filho 15 dias na casa do pai e 15 dias na casa da mãe. Quem faz isso só está pensando em deixar de dar pensão alimentícia. Compartilhar é dividir as responsabilidades. E isso só é possível quando há diálogo, mesmo após a separação. Se não há diálogo, por que impor esse guarda?<sup>30</sup>

Sabe-se que a doutrina, baseada em análises de casos concretos, chegou a defender a inviabilidade da medida. Em verdade, o que sempre faltou foi um estudo isento e abrangente sobre a questão. Sendo hoje uma realidade, em virtude de sua positivação em nosso ordenamento jurídico após a edição da Lei nº 11.698/2008, caberá ao juiz, se necessário com auxílio de profissional da área científica, optar preferencialmente pelo novo modelo, sem deixar de analisar acuradamente o caso concreto, adotando, se necessário, a guarda monoparental, sempre que a realidade não consultar os interesses do menor, especialmente nos casos em que não haja diálogo entre os pais, assim também naqueles em que um dos genitores não disponha de condições operacionais adequadas, seja por falta de acomodações apropriadas, seja pela necessidade de ter que se ausentar frequentemente por imperativo profissional, não se revelando recomendável, também, como adverte a psicóloga Eliana Ripert Nazaret, em casos de crianças de tenra idade, ou quando vivenciem período de instabilidade emocional:

A convivência, ora com a mãe, ora com o pai, em ambientes físicos diferentes, requer uma capacidade de adaptação e de codificação/decodificação da realidade, só possível em crianças mais velhas. Também não é aconselhável para criança que é ou está insegura, pois uma criança nessas situações necessita de um contexto estável.<sup>31</sup>

No remate, não se pode perder de vista a expectativa da doutrina sobre o novel instituto, para quem o desafio da guarda compartilhada é diminuir o fosso de sofrimento que separa pais e filhos, de maneira a permitir uma convivência íntima e solidária entre eles com o fim de se obter indivíduos mais saudáveis e uma sociedade mais justa e democrática, de acordo com os princípios constitucionais vigentes.<sup>32</sup>

Historicamente a mulher postou-se como a agente responsável pela criação e educação dos filhos. Ao homem era reservada a atribuição de provedor. A sociedade contemporânea, contudo, igualou os papéis. A mulher foi ao mercado de trabalho e não raras vezes os papéis se inverteram e se invertem. Hoje, homem e mulher permanecem juntos por afetividade e não

<sup>30</sup> Entrevista JORNAL O POVO, edição de 25 ago. 2009, p. 4.

<sup>31</sup> NAZARET, Eliana Ripert apud SILVA, Ana Maria Milano. **A lei sobre a guarda compartilhada**. 2. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2008, p. 161.

<sup>32</sup> CANEZIN, Claudete Carvalho. Da guarda compartilhada em oposição à guarda unilateral. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: SÍNTESE, IBDFAM, v. 6, n. 28, p. 24, 2005.

mais pelos interesses que determinaram o vetusto modelo familiar. Mais afeito ao labor doméstico, o homem contemporâneo já não aceita ser alijado das tarefas de criar e educar os filhos, tanto que, quando ocorre o rompimento da união conjugal, o varão disputa em juízo a guarda dos filhos, malgrado ainda perdure a concepção de que essa tarefa é reservada às mulheres. O instituto da guarda compartilhada vem em socorro desse novo homem, que não aceita ficar alheio ao processo de formação dos destinos dos filhos. E em socorro dos próprios filhos, que não podem dispensar o concurso de ambos os pais durante essa trajetória.

## 4 DIREITO DE VISITA E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A necessidade de regulamentação do direito de visita surge quando ocorre a ruptura da vida em comum dos pais, principalmente quando forem casados ou viverem em união estável. Também pode surgir a necessidade de regulamentação da visita em favor de pai ou de mãe que nunca foram casados ou em favor dos avós, ou mesmo de outros terceiros que tenham laços de afetividade com a criança ou adolescente, como é o caso de padrinhos.

Regra geral, o que se observa é que, ficando a guarda dos filhos com um dos pais, por ocasião da separação ou do divórcio destes, nasce o direito de visita do outro, que não poderá ser negado, até mesmo por razões de ordem natural. A rigor, a visita deita suas raízes no fundamental direito à convivência familiar (art. 227, CF/88), quando a família, atingida pela ruptura, já não perfaz o ideal almejado pelo menor, segundo lição de João Andrade Carvalho.<sup>33</sup>

Direito de visita, portanto, é o direito conferido legalmente ao pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, de visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz (art. 1.589, CC), tendo como concreta finalidade a de favorecer as relações humanas e estimular a corrente de afeto entre o titular e o menor, especialmente porque é direito fundamental da criança e do adolescente a convivência familiar (art. 227, CF/88), ainda que a família se haja bipartido em dois núcleos familiares distintos (§ 4º, art. 226, CF/88).

Para melhor compreender este direito, ao progenitor que não mantém a guarda reserva-se o direito de visita, direito este que somente foi positivado em nosso ordenamento jurídico com o advento do DL 9.710/46, sendo depois introduzido no Código Civil de 1916 pelo Estatuto da Mulher Casada e, seguidamente, consignado no art. 15 da lei nº 6.515, sendo hoje previsto no art. 1.589 do Código Civil vigente: “O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam

---

<sup>33</sup> CARVALHO, João Andrade apud CASTELO BRANCO, Bernardo. **Dano moral no direito de família**. São Paulo: Métodos, 2006, p. 178.

os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.”

Da leitura do supra transcrito comando normativo, resta claro que os sujeitos regulamentadores do direito de visita são: os pais, através de acordo; ou o Poder Judiciário, mediante decisão judicial.

Importante registrar que, mesmo em se reconhecendo a falta de idoneidade de um dos pais, nunca deve ser subtraído deste o direito de convivência com a prole durante algum tempo, até porque a convivência familiar, repita-se, é um direito fundamental do menor (art. 227, CF/88). Na vetusta lição de Washington de Barros Monteiro, esse direito não pode ser recusado por maiores que sejam as culpas do genitor, sendo certo que, mesmo em se tratando de mãe adúltera, é sagrado o direito dela de encontrar-se e ter com os filhos uma mínima convivência<sup>34</sup>. Apenas excepcionalmente é que se dará o impedimento do direito de visita, podendo ser este elidido quando representar perigo para a integridade física e/ou psicológica da criança ou adolescente, providência que encontrava respaldo no art. 13 da Lei nº 6.515/77, hoje reproduzido no art. 1.586 do Código Civil vigente: “Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos antecedentes a situação deles para com os pais.”

Importante ressaltar que o direito de visita é considerado verdadeiro poder-dever. Portanto, é irrenunciável, sendo completamente ineficaz a cláusula inserta no acordo de separação consensual no sentido de que um dos cônjuges renuncia ao seu exercício. Tal cláusula, portanto, será tida como não escrita.<sup>35</sup>

A rigor, o direito de visita se insere nas questões decididas *rebus sic stantibus*. Quer dizer: seu exercício pode ser alterado a qualquer momento, bastando que haja mudança da situação e sempre em benefício dos filhos menores.

Anote-se que, desde a Lei do Divórcio (art. 15), ao genitor não contemplado com a guarda do filho foi deferido não apenas o estrito direito de visita (visita domiciliar), mas também o direito de tê-lo em sua companhia.

---

<sup>34</sup> MONTEIRO, Washington de Barros apud CARVALHO NETO, Inácio de. **Separação e divórcio** – Teoria e prática. 8. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 370.

<sup>35</sup> CARVALHO NETO, Inácio de. **Separação e divórcio** – Teoria e prática. 8. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 372.

Há divergência na doutrina sobre a natureza desses direitos. Para Sílvio Neves Batista, o direito de visita, no Direito de Família, não é apenas, como de modo geral, o ato de ir ver alguém, consistindo, também, no ato de estar com esse alguém de forma duradoura, embora não permanente, como ocorre com o genitor-não-guardião, a quem é deferido o direito de ter os filhos em sua companhia nas férias, feriados e fins de semana, sem prejuízo das visitas regulares, do domicílio deles, durante a semana<sup>36</sup>. Porém, a distinção entre direito de visita e direito de ter os filhos em sua companhia é clara. No primeiro caso, o genitor privado da guarda vai à residência do filho para vê-lo; enquanto que, no segundo, esse direito é exercido, normalmente, na residência do genitor que não tem a guarda.<sup>37</sup>

Deparando-se com esses dois ângulos de visão da mesma questão, o legislador ordinário, mesmo depois da vigência do novel Código Civil, fez uma opção, positivando, no Código de Processo Civil, o seguinte conceito de direito de visita:

Entende-se por regime de visitas a forma pela qual os cônjuges ajustarão a permanência dos filhos em companhia daquele que não ficar com sua guarda, compreendendo encontros periódicos regularmente estabelecidos, repartição das férias escolares e dias festivos.

O texto acima é, hoje, o teor do § 2º do art. 1.121 do CPC, recentemente introduzido no sistema processual positivo por força da edição da Lei nº 11.112, de 13/5/2005.

Quer dizer: por opção da lei, o direito de visita abrange, além do próprio ato transitório de visitar os filhos no domicílio destes, também o direito do genitor-não-guardião de ter os filhos sob sua companhia transitória em períodos de férias escolares e dias festivos, no propósito de melhor garantir o direito fundamental do menor à convivência familiar (art. 227, CF/88), visando ao fortalecimento dos laços de amizade e afeto entre pais e filhos, enfraquecidos pela separação do casal e, conseqüentemente, pela bipartição da família em dois núcleos familiares distintos (§ 4º, art. 226, CF/88).

Nem sempre é boa a opção do legislador em oferecer conceitos legais a institutos jurídicos. Isto é tarefa própria da doutrina. Sabe-se que, quando o legislador toma para si a atribuição de oferecer o próprio conceito de um determinado instituto jurídico, sempre o faz no propósito de dar cabo a divergências doutrinárias e jurisprudenciais. No caso, a opção legal de conceituar o direito de visita (*compreendendo encontros transitórios periódicos, regulares*

<sup>36</sup> BATISTA, Sílvio Neves. Guarda e direito de visita. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, II. 2000. A Família da Travessia do Milênio. **Anais...** Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 293.

<sup>37</sup> CARVALHO NETO, Inácio de. **Separação e divórcio** – Teoria e prática. 8. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 370.

*e permanência também transitória do filho em poder do genitor não guardião, no caso durante os períodos de férias e dias festivos)* não se revela a mais feliz, além de não atinar para a duplicidade de direitos conferida ao genitor-não-guardião desde a Lei do Divórcio (art. 15), normatividade consagrada no atual Código Civil (art. 1.589), qual seja, o direito de visita e o direito de ter os filhos em sua companhia.

Em verdade, ao engendrar a fusão de dois direitos distintos em um só instituto jurídico, o reformador do Código de Processo Civil (§ 2º, art. 1.121, CPC) terminou por criar mais um vetor de problemas interpretativos frente a casos concretos. Não fica descartada a possibilidade de o genitor-guardião tripudiar o exercício do direito de visita do genitor não guardião, bastando que lhe dificulte umas daquelas faculdades, a ponto de lhe franquear apenas os encontros periódicos regulares (visita domiciliar), dificultando-lhe a companhia dos filhos em férias e dias festivos, ou vice-versa.

Não se deve olvidar sobre o perigo do reverso da medalha, como sói acontecer quando, estando os filhos na companhia do genitor-não-guardião, em períodos mais longos, como as férias escolares, este use de subterfúgios para, a título de contragolpe, também afastar o genitor-guardião do convívio diuturno com os filhos do casal. A rigor, mesmo que os filhos estejam, durante as férias, em companhia do genitor-não-guardião (no exercício, portanto, do direito de visita conceituado no § 2º do art. 1.121 do CPC), nada obsta que se garanta ao genitor-guardião o direito de visitar seus filhos na forma de encontros curtos ou transitórios, como anota o professor José Abreu.<sup>38</sup>

Ainda em relação ao direito de visita, não se pode deixar de mencionar que, diante das peculiaridades de determinado caso concreto, é perfeitamente possível ao juiz, havendo motivo justificável, garantir apenas encontros transitórios entre pai e filhos (visita do domicílio destes ou em lugar especialmente definido), devidamente acompanhados de observador judicial, negando ao genitor-não-guardião o direito de tê-los sob sua companhia em período de férias e dias festivos<sup>39</sup>. Ninguém pode contestar que ao juiz é conferido o poder de assim decidir, até porque, quanto ao ponto, nosso sistema jurídico cogita de expressa autorização legal (art. 1.586, CC), conquanto assim devesse fazê-lo, a despeito de eventual lacuna legal (art. 126, CPC), porque é o órgão estatal constitucionalmente encarregado de dirimir conflitos ou divergência entre os cidadãos, frente a alegação de lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, CF/88). A propósito, em casos que tais, haveria resposta para a

<sup>38</sup> Ibid., 2007, p. 371.

<sup>39</sup> Ibid., 2007, p. 371.

solução do problema no próprio sistema constitucional positivo, tendo por mira que é direito fundamental do menor o de ser posto à salvo de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (art. 227, CF/88).

Melhor, portanto, que a lei, ao definir o direito de visita, pudesse fazê-lo de forma a garantir encontros transitórios entre genitor-não-guardião e filhos (visita domiciliar), sem prejuízo do direito autônomo de assegurar aos pais, indistintamente, o dever-direito à convivência com os filhos nos dois núcleos familiares formados, separadamente, entre cada um dos genitores e seus filhos, depois da desconstituição, com a separação ou o divórcio, do núcleo familiar primitivamente formado pelo casamento ou pela união estável.

#### **4.1 Direito de visita no Decreto-Lei nº 9.701/46**

No Brasil, o Código Civil de 1916 não dispunha sobre o direito de visita, que só restou positivado em nosso ordenamento jurídico com o advento do DL 9.710/46, cujo art. 1º dispunha:

No desquite judicial, a guarda dos filhos menores, não entregues aos pais, será deferida a pessoa notoriamente idônea da família do cônjuge inocente, ainda que não mantenha relações sociais com o cônjuge culpado, a quem entretanto será assegurado o direito de visita aos filhos.

Somente a partir desse decreto lei é que foi assegurado expressamente aos progenitores o direito de visitar. Na verdade, aludido diploma legal cuidava da guarda dos menores nos casos de desquite litigioso, dispondo sobre a visita dos pais aos filhos, nos casos em que a guarda lhes não fosse confiada, mas conferida a terceiros. Por interpretação extensiva, garantia-se o direito de visita a um genitor, quando o outro era contemplado com a guarda.

#### **4.2 Direito de visita a partir do Estatuto da Mulher Casada, lei nº 4.121, de 27.08.1962**

Com o advento do Estatuto da mulher casada, o art. 326 do Código Civil de 1916 foi alterado, passando a ter a seguinte redação:

Art. 326- Sendo o desquite judicial, ficarão os filhos menores com o cônjuge inocente.

§ 1º Se ambos os cônjuges forem culpados ficarão em poder da mãe os filhos menores, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles.

§ 2º Verificando que não devem os filhos permanecer em poder da mãe nem do pai, deferirá o juiz a sua guarda a pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos



cônjuges ainda que não mantenha relações sociais com o outro a quem entretanto será assegurado o direito de visita.

Aqui, pelo que se lê dos comandos normativos acima transcritos, nenhuma inovação em relação ao regime do vetusto DL nº 9.701/46.

### **4.3 Direito de visita na Lei 6.515/77**

Com o advento da Lei do Divórcio, o art. 326 do Código Civil foi revogado, passando o direito de visita, nos casos de separação judicial ou divórcio, a ser regulado pelo art.15 da referida lei, com a seguinte redação: “Os pais, em cuja guarda não estejam os filhos, poderão visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo fixar o juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.”

Aqui, tem-se significativa alteração. A previsão legal desloca o direito de visita para algo mais próximo da realidade cotidiana das famílias, garantido o exercício do direito de visita, expressamente, ao genitor em cuja guarda não estejam os filhos, porque a vetusta codificação, repita-se, somente era expressa para garantir o direito de visita aos pais, quando a guarda dos filhos fosse deferida a terceiros, sempre exigindo do interprete esforço exegético para resolver os casos omissos.

Importante, asseverar que, se amigável a separação, o exercício do direito de visita virá regulamentado no acordo. Mas se não estiver previsto no termo assinado pelos cônjuges, isto não significa a perda de seu exercício, até porque esse direito é irrenunciável, não tendo qualquer validade a disposição de renúncia, por constituir emanação da própria natureza humana, sendo vetusta e neste sentido a lição da jurisprudência: “Considera-se não escrita, por ofensiva ao direito natural, a cláusula de acordo para desquite e pela qual a mulher renuncia ao direito de visitar o filho menor deixado em companhia do pai.”<sup>40</sup>

### **4.4 Direito de visita no novo Código Civil**

A regulamentação do Direito de Visita encontra-se catalogada no Livro IV (Do Direito de Família), Capítulo XI, do novo Código Civil, que dispõe sobre a proteção da pessoa dos filhos, compreendendo os artigos 1.583 até 1.590, dele tratando, especificamente, os art. 1.589 e 1590 daquele diploma codificado.

<sup>40</sup> TJPR – Ap. Civ. 4/60 – Rel. o Des. James Macedo, in RT 300/365.

O teor do art. 1590 do CC, nota-se a preocupação do ordenamento positivo em proteger não apenas o filho menor, mas, também, o maior incapaz, pois lhes assegura os mesmos direitos sobre a guarda dos menores e, conseqüentemente, o direito de visita.

A rigor, ao cuidar do direito de visita, o legislador do Código Civil atual foi além, pois não limitou o seu âmbito de aplicação apenas aos filhos resultantes do casamento, como sói acontecer no direito anterior. Adequou a norma à realidade social, evitando, assim, que o intérprete do direito fosse obrigado a utilizar as técnicas de exegese extensiva para conseguir aplicar o direito de acordo com as normas constitucionais de 1988.

Importante destacar que a Constituição de 1988 reconheceu como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher (§ 3º, art. 226, CF/88). Reconheceu também, como entidade familiar, a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (§ 4º, art. 226, CF/88), admitindo, portanto, a existência de múltiplos núcleos familiares, seja aquele formado pelo casal e seus filhos, seja aquele formado, isoladamente, pelo pai e seus filhos, ou pela mãe e os ditos filhos, ainda que estes filhos resultem de casamento ou de união estável desfeita, ou mesmo se o casal, sem qualquer vínculo matrimonial ou união estável, gerou filhos a quem devam criar e educar em núcleos familiares distintos.

Sendo assim, as regras de direito de visita se aplicam a todas as formas de dissolução da família, sob pena de ferir o mandamento constitucional que garante os mesmos direitos e qualificações aos filhos, sejam eles oriundos de casamento ou não (§ 6º, art. 227, CF/88).

Por conseqüência, o Direito de Visita decorre da guarda, ou seja, aquele que, não sendo o guardião dos filhos menores ou do maior incapaz, tem direito de visita. Aliás, a doutrina vai mais além, fazendo uma distinção entre o direito de companhia e de guarda. Haveria ainda um direito inato dos filhos à convivência com seus pais, hoje, a propósito, erigido à condição de verdadeiro direito fundamental do menor (art. 227, CF/88). Na lição de Bernardo Castelo Branco, a verdadeira conformação do direito de visita teria seu nascedouro do dever de companhia, como uma necessidade primordial de dotar o titular do poder familiar que não exerce a guarda dos instrumentos necessários ao cumprimento dos deveres que lhe são atribuídos, especialmente o de zelar pelo bem-estar, pela formação moral adequada e pela educação do filho que com ele não convive diuturnamente.<sup>41</sup>

---

<sup>41</sup> CASTELO BRANCO, Bernardo. **Dano moral no direito de família**. São Paulo: Método, 2006, p. 177-178.

Ademais, o legislador atual imbuído dos princípios constitucionais, ratificou a igualdade de tratamento entre os filhos, notadamente, daqueles necessitados de condições físicas e mentais para exercerem seus direitos (art. 1.590, CC).

#### **4.5 Alteração do art. 1.121 do CPC sobre direito de visita**

O Código de Processo Civil, no inciso II do seu art. 1.121, exige, como um dos requisitos da petição inicial da ação de separação judicial consensual do casal, seja ela instruída com o acordo relativo à guarda e ao regime de visita dos filhos menores.

Com o advento da lei 11.112/05, que acrescentou o § 2º ao art. 1.121 do CPC, já não é mais possível homologar separação consensual sem que esteja regulado o regime de visita, compreendendo pelo menos os seguintes itens: a) encontros periódicos regularmente estabelecidos; b) repartição das férias escolares e dias festivos. As questões pertinentes ao assunto já estão abordadas em capítulo anterior (v. 3.1)

#### **4.6 Direito de visita dos terceiros**

Apesar de não disciplinado expressamente em lei, aos avós também se reconhece, quase que pacificamente, o direito de visita, que pode ser questionado em juízo, inclusive contra a vontade dos pais, consoante lição da jurisprudência:

Direito de visita entre avós e netos. Embora não expresso no Código Civil, cumpre reconhecê-lo, por imperativo da lei natural. Inexiste carência de ação em demanda proposta por avó com esse objetivo. Sempre que o Direito puder socorrer valores morais, deverá fazê-lo. (TJRS-3ª Câm. Civ.- Ap. Civ. 58303504- Rel. Des. Galeno Lacerda- RT 585/210).

Importante destacar o *leading case* do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto, abordado por Guilherme Gonçalves Strenger:

Constitui princípio fundamental de moral familiar, sem qualquer desrespeito aos direitos paternos, a manutenção de razões de amizade e de um certo intercâmbio espiritual entre uma avó e sua neta menor, sendo ruínoza e injusta qualquer oposição paterna, sem estar fundada em motivos sérios e graves; assim, constitui abuso da autoridade parental o impedimento, direto ou indireto, a que o ascendente mantenha estritas relações de visita com sua neta, procurando apagar nesta todo vestígio de sentimento dos componentes de família de sua falecida mãe.<sup>42</sup>

Ao produzir este aresto, certamente o Pretório Excelso estava sensível à vetusta lição de Edgard de Moura Bitencourt: “A afeição dos avós pelos netos é a última etapa das paixões puras do

<sup>42</sup> STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de filhos**. 2. ed. São Paulo: DJP, 2006, p. 106.

homem. É a maior delícia de viver a velhice. A jurisprudência que assegura essa afeição sanciona – na frase de Gaston Lagarde – os direitos morais dos avós.”<sup>43</sup>

Saliente-se que o Direito de Visita também pode ser concedido a outras pessoas, tais como aos padrastos/madrastas, tios, padrinhos, ou a outros parentes, desde que seja demonstrada a existência de laços afetivos unindo a criança ou o adolescente com essas pessoas, quando estas vias de interação tiverem sido rompidas pela separação física dos personagens. Em outras palavras, é direito que pode ser outorgado aos protagonistas mais importantes da vida de uma criança e cujas pessoas lhe sejam muito próximas, por vínculos consangüíneos ou de afeto<sup>44</sup>, proximidade e afetividade que, evidentemente, deve ser aferida em cada caso concreto.

Invocando precedente do Tribunal de Justiça de São Paulo, Yussef Said Cahali defende que “o direito de visitas reconhecido a outros parentes do menor, que não sejam os pais, significa compensação do dever de prestar alimentos, segundo a disciplina do art. 396 et seq. do CC (art. 1.694 et seq. do CC/2002).”<sup>45</sup>

#### 4.7 Direito de visita no direito comparado

Na maioria dos países, o direito de visita aos filhos e netos já se encontra regulamentado, seja garantido esse exercício aos pais, seja aos próprios avós, como sói acontecer no direito espanhol (art. 160, CC Espanhol, alterado pela Lei 42/03).

Na França, a oposição ao direito de visita por parte do guardião pode leve-lo à pena de prisão por até um ano (CP, art. 357). Incide nas mesmas penas o genitor que retira o filho para visitação e não o devolve a tempo e modo. Em caso de mudança de domicílio do guardião, este deverá notificar o titular do direito de visita, sob pena de incorrer no delito de não representação dos filhos (CP, art. 227, 5 e 6).

O Código Português dispõe que os pais não podem privar os filhos do convívio com os irmãos e ascendentes (art. 1.887º A).

Na Alemanha, o direito interno foi adaptado à Convenção dos Direitos da Criança, transformando-o em um direito do filho de ter um relacionamento com cada parte parental (§ 1684 al 1 frase 1 BGB), garantindo um dever-direito dos pais de convivência com o filho (§

<sup>43</sup> BITENCOURT, Edgard de Moura. **Família**. 5. ed. Campinas: Millennium, 2003, p. 208.

<sup>44</sup> MADALENO, Rolf. **Repensando o direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 119.

<sup>45</sup> CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e separação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 905.

1684 al 1 frase 2 BGB) e assegurando, também, o direito de contato do filho com outras pessoas relacionadas, próximas à criança e importantes ao seu desenvolvimento (§ 1685 BGB).

## **5 QUESTÕES METAJURÍDICAS**

### **5.1 Importância da convivência dos filhos com os pais**

O Estatuto da Criança e do Adolescente, na esteira do que já estabelecera a CF/88 (art. 227), elencou como direito fundamental do menor a convivência familiar (art.19 do ECA).

Não resta dúvida que a família é base social do ser humano, sendo os pais os responsáveis pela formação e proteção dos filhos, cabendo-lhes, em primeiro lugar, garantir e assegurar à criança e ao adolescente os direitos e garantias descritas no art. 227 da CF/88. O vínculo familiar é essencial para o desenvolvimento harmonioso e sadio de crianças e adolescentes, o que só é possível em uma família.

A convivência familiar é de suma importância para o completo desenvolvimento harmonioso da criança e do adolescente na formação de sua personalidade de tal modo, um ambiente familiar cercado de amor e compreensão é o ideal para formação de um homem de bem.

Ao lado da família e da sociedade, nossa ordem constitucional impõe primordialmente ao Estado o dever de garantir ao menor o direito fundamental à convivência familiar (art. 227, CF/88). Diga-se: ao Estado como um todo, representando pelos três poderes, constituindo-se uma boa manifestação do exercício desse dever a recente iniciativa do Poder Legislativo de introduzir no sistema jurídico positivo um instituto novo, no caso, a guarda compartilhada (Lei nº 11.698/2008), tão reclamada pela sociedade civil, permitindo, assim, a continuação da convivência familiar dos filhos, mesmo depois na separação dos pais. Por seu turno, o Poder Judiciário, como órgão estatal encarregado de dirimir conflitos e divergências entre os cidadãos, mais e mais deve se capacitar para responder, a tempo e modo, as demandas que envolvam o exercício daquele direito fundamental.

### **5.2 Suspensão ou impedimento da visita**

A interrupção do exercício do direito de visita somente pode ser concedida diante de motivos graves, em respeito ao princípio do melhor interesse da criança ou adolescente, sem que se descure, na análise do caso concreto, dos demais princípios que regem o assunto.

Dentre os considerados graves, podemos relacionar todos aqueles que venham afetar a assistência à da criança ou adolescente ou submeter o menor a ambientes moralmente duvidosos ou comportamento violento do não guardião.

Como bem observou Bernardo Castelo Branco, não se pode negar que o exercício do direito de visita pode sofrer limitações, mas é inadmissível que estas barreiras sejam oriundas da deliberação unilateral do guardião. A rigor, será imprescindível que tais limitações resultem de prévia decisão judicial, comprovada a presença de fator excepcional que justifique a restrição<sup>46</sup>. Logo, antes da restrição judicial, o genitor-guardião não pode, unilateralmente, privar o outro do exercício desse dever-direito.

### 5.3 Alienação parental

Quando há a ruptura da vida em comum entre os pais, não é raro que o filho passe a ter aversão ao genitor-não-guardião, chegando ao ponto de rejeitá-lo e odiá-lo, tudo fruto de uma sub-reptícia lavagem cerebral do genitor-guardião frustrado, que passa a criar uma série de situações visando dificultar ao máximo ou impedir a convivência entre o filho e o genitor-não-guardião. A este processo o psiquiatra americano Richard Gardner nominou de “Síndrome de Alienação Parental”, conceituando-a como a programação de uma criança para odiar o genitor sem qualquer justificativa.<sup>47</sup>

Na lição de Maria Berenice Dias, trata-se de verdadeira campanha para desmoralizar o genitor-não-guardião, sendo o filho monitorado o tempo todo e os seus sentimentos utilizados pelo genitor-guardião como instrumento da agressividade deste direcionada ao ex-parceiro.<sup>48</sup>

Trata-se de questão multidisciplinar, verdadeiro desafio comum entre o Direito e a Psicanálise, porque a separação do casal pode desencadear nos filhos e nos próprios pais os mais variados sentimentos e emoções, trazendo mudanças nas relações parentais e familiares.<sup>49</sup>

<sup>46</sup> CASTELO BRANCO, Bernardo. **Dano moral no direito de família**. São Paulo: Método, 2006, p. 188.

<sup>47</sup> DIAS, Maria Berenice apud OLIVEIRA, J. F. Basílio de. **Guarda, visitação, busca e apreensão de menor**. 3. ed. Leme-SP: BH Editora e Distribuidora, 2009, p. 260.

<sup>48</sup> *Ibid.*, 2009, p. 258-263.

<sup>49</sup> DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. Danos psíquicos da alienação parental no litígio familiar. In: MADALENO, Rolf; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro (Coord.). **Atualidades do direito de família e sucessões**. Sapucaia do Sul: Notadez, 2008, p. 217.

O Poder Judiciário, quando convocado para decidir casos concretos, ainda tem sido tímido no enfrentamento dessa questão, notadamente nas varas de família alvos desta pesquisa. De qualquer sorte, o abuso de direito cometido pelo cônjuge-guardião, a ponto de sujeitar pai e filho à alienação parental, já começa a despertar atenção, na medida em vem sendo denunciada de forma recorrente em juízo e já não passa ao largo dos olhos meticulosos da boa doutrina. De qualquer sorte, os dois depoimentos transcritos no apêndice, prestados por dois jurisdicionados decepcionados com a alienação parental a que estão submetidos, demonstram que o Poder Judiciário não presta uma tutela com a efetividade exigida pelos destinatários desse serviço estatal essencial.

A partir de um olhar multidisciplinar, percebe-se que esse abuso de direito de um genitor em detrimento do outro atinge avassaladoramente o próprio filho, a maior vítima dessa alienação, porque lhe subtrai um direito fundamental, no caso a convivência familiar com o genitor alienado (art. 227, CF/88), a partir da ruptura conjugal e do surgimento de dois núcleos familiares distintos, formados pelo filho com cada um dos pais isoladamente (§ 4º, art. 226, CF/88). Ao interpretar o afastamento como traição, o filho acaba rejeitando a presença do genitor alienado. Em situações que tais, os danos psicológicos ao menor são imensuráveis e imprevisíveis<sup>50</sup>, de tal sorte que o Juiz deve agir rápido quando se depara com a reclamação do descumprimento, pelo genitor-guardião, do exercício do direito de visita do genitor-não-guardião. Note-se que já não é tão comum uma nova prática adotada pelo genitor-guardião, qual seja: mal orientado, mas no propósito de afastar o outro do convívio com o filho, apresenta contra o ex-parceiro boletim de ocorrência com acusações de maus tratos contra o menor e até de abuso sexual. É a pedra de toque para deixar o juiz com extrema dificuldade para garantir a convivência entre pai e filho alvos de alienação parental, ainda que o direito de visita haja sido garantido em decisão transitada formalmente em julgado. Em casos tais, cabe ao Juiz agir com muita rapidez, descortino e bastante profissionalismo e competência, priorizando o deslinde do caso, sem prejuízo de se acerrar de auxílio de profissional especializado e, imediatamente, adotar medidas acautelatórias para garantir a mínima e rotineira aproximação dos alienados.

Apenas para não deixar sem registro, anote-se que, visando preservar a integridade emocional de crianças e adolescentes e subsidiar os operadores do Direito de Família no trato da alienação parental, já tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 4.054/2008, apresentado pelo Deputado Federal e ex-magistrado Régis de Oliveira (PSC/SP), projeto, em verdade, idealizado por um pai, Juiz do Trabalho da 2ª Região, fruto de sua experiência pessoal e de sua convicção sobre a omissão do Estado diante da alienação parental, faltando

---

<sup>50</sup> Ibid., 2008, p. 229.



aos operadores do direito instrumentos que permitam a identificação de casos dessa natureza e, ainda, a adoção de medidas protetivas às crianças e adolescentes e aos pais alienados.

## 6 QUESTÕES PROCESSUAIS

### 6.1 Regulamentação do direito de visita

A regulamentação da visita terá em conta não primeiramente a satisfação do interesse dos progenitores, mas dos filhos. Daí porque se mostra inviável estabelecer horários impróprios, como à noite ou de madrugada, ou justamente durante o horário escolar.

O regulamento da visita observará vários aspectos, segundo diz Manoel Messias Veiga, citado por Arnaldo Rizzardo:

A regulamentação da visita em condições a serem estatuídas sempre na defesa dos interesses dos filhos, compreendendo: a determinação dos dias e horas para o recebimento e entrega, local do recebimento e entrega; a pessoa ou pessoas diversas do pai, visitante ou familiares deste que será o condutor do recebimento e entrega; divisão do período de férias escolares; o número de visitas semanais ou mensais; compatibilidade das férias do visitante pai com a permuta dos períodos estipulados; a manutenção dos filhos ao pernoitar com o visitante e aspectos de viagens com os filhos, pelo visitante....Todas essas situações deverão se observadas e constituídas no conteúdo da visita e sua regulamentação.<sup>51</sup>

Já se viu que, a despeito da divergência doutrinária, resta positivado no § 2º do art. 1.121 do CPC, que no direito de visita está compreendido o direito de companhia, isto é, o direito de ter o filho durante algum tempo junto ao seu genitor, independente do direito já assegurado da visita no domicílio do menor, como por exemplo, levar o filho para fazer compras, a passeios, a uma viagem de recreio, de modo que o genitor que não tenha a guarda possa ter um período de tempo mais extenso do que o ordinariamente despendido nas visitas domiciliares.

Em caso de não haver um consenso comum entre os pais, caberá ao juiz, com o seu poder discricionário, regulamentar as visitas, preponderando a facilitação de seu exercício, sem impor condições e restrições que dificultem as manifestações espontâneas dos filhos. Deve, contudo, observar para não impor locais de permanência e horários rígidos na entrega, nem discriminar pessoas ou parentes proibidos de terem contacto com a criança, a menos que

---

<sup>51</sup> VEIGA, Manoel Messias apud RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 340.

seja provada a probabilidade de que esses locais e essas pessoas sejam nocivos à formação dos menores.

Na prática forense, não raramente acontecem situações delicadas que podem inviabilizar o exercício pessoal do direito de visita, sendo, portanto, necessário que o juiz designe uma pessoa de confiança para acompanhar as visitas, o que poderá solucionar o impasse para que o direito de visita seja exercido.

## **6.2 Descumprimento do direito de visita**

Uma vez regulamentada por decisão judicial, a visita deverá ser respeitada e cumprida por ambos os genitores, até enquanto não houver decisão posterior que a venha alterar.

O direito de visita pode ser alvo de descumprimento pelo genitor-guardião e pelo não-guardião. No primeiro caso, o genitor-guardião, com abuso de direito, usa de todos os meios para impedir o outro de exercer seu direito de visita, criando obstáculos os mais absurdos para cercear sua convivência com o filho, a ponto de lhes impor a ignominiosa alienação parental. No segundo caso, o genitor-não-guardião, por razões que a própria razão desconhece, simplesmente comete o denominado abandono parental, descumprindo o que ficou estipulado no acordo ou na decisão judicial, deixando de apanhar o filho nos dias e horários previstos, gerando neste expectativas e frustrações, além da sensação de abandono. O descumprimento pelo genitor-não-guardião também se opera quando ele abusa do próprio exercício do direito de visita, não devolvendo o filho a tempo e modo no domicílio deste.

Nestes casos, cabe ao magistrado, utilizando as ferramentas processuais inseridas no ordenamento jurídico, cessar o abuso do guardião no impedimento do exercício do direito de visita do outro; ou do não-guardião que comete o abandono parental ou também abusa do exercício de seu direito, em não devolvendo o filho após consumado o período de visita. Neste sentido é a lição de Yussef Said Cahali:

À justiça cabe impedir que o exercício do direito de visitas seja dificultado por sentimentos abjetos, como também não atende aos interesses dos menores dificultarem o desempenho desse direito-dever; por presunção é de se esperarem resultados benéficos para a prole, desses contatos periódicos com o outro genitor, contatos que permitirão não só uma melhor fiscalização quanto à maneira como estão sendo tratados os filhos, como também acalentam aquele natural afeto que resulta do vínculo da paternidade.<sup>52</sup>

---

<sup>52</sup> CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e separação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 892.

### 6.3 Medidas assecuratórias da efetividade do direito de visita

Antes da alteração do art. 461 do CPC, não existia, no direito brasileiro, expressamente, nenhuma sanção típica aplicável contra aqueles que descumpriam as condições impostas ao direito de visita. Ao aplicador da lei caberia a árdua tarefa de ir buscar dentro do ordenamento jurídico solução para punir o descumpridor, enquadrando-o muitas vezes nas penas do crime de desobediência tipificado no art. 359 do Código Penal, de difícil configuração.

O legislador, na busca pela concretização do princípio constitucional da efetividade nas decisões judiciais, fez importante alteração no Código de Processo Civil, incluindo o § 5º ao art. 461 do CPC, emprestando ferramenta de grande valia ao juiz para agir até mesmo *ex officio*:

Art. 461. [...]

§ 5º. Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

É de se observar que essa alteração aparelhou o judiciário para suprir a deficiência que existia na prestação jurisdicional quanto ao exercício do direito de visita. Bem aplicado, o § 5º do artigo 461 do CPC resolveria, ou pelo menos diminuiria, o descumprimento do dever-direito de visita. Na lição de Raduan Miguel Filho:

Deve, pois, essa prática, ser incentivada, disseminada e adotada no meio jurídico, pois, o temor à efetivação imediata do regramento judicial certamente constituirá em fator desestimulador da inadimplência das obrigações advindas de acordos e decisões judiciais em causas de família.<sup>53</sup>

A possibilidade de tutela cominatória no direito de família, com emprego de multa diária para forçar uma mãe a cumprir o regime de visita do pai aos filhos, já não era nenhuma novidade na doutrina e jurisprudência brasileiras, como anota Joubert R. Resende, citando Rolf Madaleno, sob o entendimento segundo o qual no poder de julgar está implícito o poder do juiz de fazer cumprir as suas decisões, sob o risco de completo desprestígio da autoridade judiciária.<sup>54</sup>

<sup>53</sup> MIGUEL FILHO, Raduan. O direito/dever de visitas, convivência familiar e multas cominatórias. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Família e dignidade humana. **Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 818.

<sup>54</sup> MADALENO, Rolf apud RESENDE, Joubert R. Dever de visita. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: SÍNTESE, IBDFAM, ano VI, v. 28, fev./mar. 2005, p. 157.

Não se perca de vista que uma das medidas assecuratórias do exercício do direito de visita pode ser a denominada reversão da guarda. Sobre o assunto importante anotar decisão do Desembargador Paulo Dourado de Gusmão, transcrita por J. F. Basílio de Oliveira: “Regulamentação de visita ao filho. A reiterada inobservância do regime de visitas permite revisão da questão da posse e guarda. As disputas entre os cônjuges gravam profundamente a memória dos filhos, marcando-lhes pelo resto da vida”. (Apelação Cível nº 14.951, Ac. um. De 19.2.81, Rel. Des. Paulo Dourado de Gusmão, da 6ª CC. TJRJ).<sup>55</sup>

#### **6.4 Estudo interdisciplinar e mediação**

A equipe interdisciplinar é de suma importância para auxiliar o Poder Judiciário nas questões de família, especialmente, no descumprimento do direito de visita.

O Fórum Clóvis Beviláqua, até a edição da lei nº 14.311/2009, não dispunha de uma equipe interdisciplinar, funcionando apenas o serviço social, composto de dois núcleos, sendo um de atendimento ao público e outro de apoio às 18 varas de família. Estes núcleos eram compostos por assistentes sociais: o primeiro com atribuições extraprocessuais, tendo por fim a orientação e o apoio aos usuários, com intuito de criar condições para acordos entre as partes, visando garantir uma solução mais rápida aos litígios; e o segundo tendo por objetivo auxiliar as 18 varas de família, elaborando pareceres após estudo social dos casos relacionados com guarda judicial, separação litigiosa, direito de visita, tutela, interdição e curatela, dentre outros, auxiliando os juízes na solução das demandas.

Atualmente, com a vigência da lei nº 14.311/2009, foi criado no Poder Judiciário Cearense o Núcleo de Apoio à Jurisdição, unidade subordinada diretamente à Diretoria do Fórum da Comarca de Fortaleza. Este núcleo é composto por uma equipe interdisciplinar formada por profissionais habilitados na área de Psicologia e Assistência Social, tendo como atribuição, dentre outras, o desenvolvimento das atividades de apoio técnico especializado às varas ou unidades judiciárias da infância e juventude, de família e da violência doméstica e familiar contra a mulher.

A participação de assistentes sociais e psicólogos no exercício do direito à visitação é fundamental, pois é através desses profissionais que é possível se observar qual a decisão que melhor representa o interesse da criança ou adolescente. Na lição de Guilherme Calmon Nogueira da Gama é patente essa necessidade:

<sup>55</sup> OLIVEIRA, J. F. Basílio de. **Guarda, visitação, busca e apreensão de menor**. 3. ed. Leme-SP: BH Editora e Distribuidora, 2009, p. 235.

Evidentemente que a sensibilidade do magistrado, associada a um estudo interdisciplinar sobre a situação concreta, deve conduzir a uma solução que seja benéfica para todos, e se não for possível o resguardo dos interesses de todos, que atenda prioritariamente o interesse do menor.<sup>56</sup>

Nos fóruns, já existem outros profissionais que trabalham junto às varas de família, na linha da assistência social e da aferição psicológica, dada a complexidades em relação a esses conflitos familiares. A propósito, deve ser ressaltado o papel dessas equipes multidisciplinares, porque o serviço por elas prestado constitui verdadeira atividade de pré-mediação.

E não é a toa que o próprio instituto da MEDIAÇÃO tem sido cogitado para contribuir na solução de conflitos familiares.

Sabe-se que a mediação, enquanto método de prevenção e solução consensual de conflitos, não é técnica institucionalizada em nosso ordenamento processual, conquanto tramite no Congresso Nacional Projeto de Lei com tal desiderato. Um dos fundamentos da institucionalização desse método é a conscientização de que se vive hoje no Brasil um momento especialmente favorável às iniciativas que buscam desafogar o Poder Judiciário, daí a necessidade de se introduzir mecanismos modernos de solução alternativa de conflitos, no propósito de consagrar a celeridade do processo e assegurar sua razoável duração.

Tratando-se de método que vem sendo objeto de estudo multidisciplinar, a mediação é definida como atividade técnica exercida por terceira pessoa que, escolhida ou aceita pelas partes interessadas, as escuta, orienta e estimula, sem apresentar soluções, com o propósito de lhes permitir a prevenção ou solução de conflitos de modo consensual.

A mediação, enquanto método de solução consensual de conflitos:

1) É idealizada como um processo estruturado em etapas, que visa estabelecer ou restabelecer o diálogo entre as partes para que delas surjam alternativas e a escolha de soluções;

2) Tem seu início, curso e término assentado na plena autonomia da vontade das partes;

---

<sup>56</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito de família brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 172.

3) É instrumento de negociação de interesses, articulando durante todo o seu percurso a necessidade de cada um com a possibilidade do outro, sempre dentro dos limites da ética e do direito;

4) É prevista para ser célere, informal e sigilosa;

5) Atua propiciando a redução de custos financeiros e de tempo, porque, em curto espaço de tempo, procura promover a instalação de um contexto colaborativo em lugar de um adversarial, fazendo ver às pessoas ser esta a única possibilidade para autocomposição;

6) É possibilitadora de negociações em qualquer contexto capaz de produzir conflitos: civil, trabalhista, comercial, família etc, desempenhando restritas funções em temas penais.

7) Passível de anteceder ou suceder a resolução judicial, pode instalar-se no curso do processo, atuando como instrumento complementar, possibilitador de mudanças relacionais e dissolução da lide.

Em verdade, a mediação possui vários objetivos, dentre os quais se destacam a solução dos conflitos (boa administração do conflito), a prevenção da má administração de conflitos, a inclusão social (conscientização de direitos, acesso à justiça) e a paz social.

Daí a formatação de seus princípios norteadores: 1) liberdade das partes ou autonomia da vontade; 2) não-competitividade; 3) poder de decisão das partes; 4) participação de terceiro imparcial – mediador competente; 5) informalidade e confidencialidade do processo.

A prática forense revela que os juízes dominam a técnica da conciliação, em que o magistrado atua no propósito de solucionar amigavelmente o conflito. Mas sua atuação decididamente não é de mediador. Ele participa, sim, das soluções. Critica as propostas apresentadas pelas partes, interfere ativamente nas discussões e até sugere soluções, muitas das quais acatadas pelas partes. Nem sempre, contudo, opera uma boa administração do conflito. Aliás, às vezes sequer previne a denominada má administração do conflito.

Tomando como mira a 12ª Vara de Família de Fortaleza, é possível dizer que as técnicas próprias da mediação podem servir de aprimoramento das audiências de conciliação. Aliás, o que mais chama a atenção é a idéia de má administração do conflito. É fundamental essa administração por parte do juiz e dos advogados das partes, muitos dos quais incentivadores da perpetuação do conflito até final sentença.

Outro aspecto que pode melhorar a conciliação é a busca da informalidade, na medida do possível, apesar do tom formal em que está revestida a audiência judicial presidida pelo juiz togado. Fundamental que a sisudez seja afastada. As partes devem ser chamadas com mais objetividade a participar das soluções do litígio, uma vez conscientizadas da idéia de não-competitividade.

Algo que definitivamente prejudica a conciliação é a não-confidencialidade. Na audiência há verdadeiro constrangimento para as partes, porque estas discutem suas dores na presença do juiz togado. Acusam-se mutuamente. Aliás, é comum permitirem os juízes togados tais discussões antes de uma proposta de conciliação. Melhor seria que tais arestas já estivessem aparadas quando as partes se defrontassem com o magistrado. O Juiz-Estado, a princípio, não precisaria imiscuir-se na particularidade das partes. Isto poderia ficar para a fase de instrução, por ocasião dos depoimentos pessoais, caso restasse prejudicada a fase conciliatória. Segundo Lília Maia de Moraes Sales:

No Brasil, o uso da mediação na solução de conflitos familiares é crescente. No Ceará, essa modalidade tem alcançado destaque na esfera pública com as Casas de Mediação Comunitária – CMC, programa do Governo do Estado, que implementou a mediação gratuita nas comunidades de bairros periféricos de Fortaleza.<sup>57</sup>

Uma vez sendo institucionalizada no processo civil brasileiro, não restará dúvida que a mediação será técnica que muito contribuirá nos conflitos de Direito das Famílias, especialmente nas questões relativas à guarda e o exercício do direito de visita, servindo de instrumento eficaz para minorar os traumas da alienação parental.

---

<sup>57</sup> SALES, Lília Maia de Moraes. **Mediare** – Um guia prático para mediadores. 2. ed. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2004, p. 64.



## 7 DANO MORAL NO DIREITO DE FAMÍLIA

A noção segundo a qual a todo prejuízo deve corresponder à obrigação de reparar o dano sempre esteve presente na consciência dos povos cultos. Mas é conhecida e vetusta a divergência verificada, até bem pouco tempo, entre os juristas nacionais e estrangeiros, assim também nos Tribunais, a respeito da possibilidade de reparação do dano exclusivamente moral. Aliás, o Supremo Tribunal Federal, antes da vigência da CF/88, havia consolidado o entendimento segundo o qual o dano moral consistente em *pretium doloris* (preço da dor) era insuscetível de indenização<sup>58</sup>. Permitia-se a reparação do dano moral unicamente em relação a seus reflexos patrimoniais.

Com a vigência da "Constituição Cidadã", denominação de seu artífice-mor, Ulisses Guimarães, a divergência sobre o assunto resta definitivamente superada. Na atual ordem constitucional, pois, o dano exclusivamente moral é passível de indenização, bastando que o ofendido prove o prejuízo e a relação de causalidade entre o fato e o pretense dano, comportando, inclusive, sua cumulação com danos materiais, ainda que oriundos do mesmo fato, segundo lição pacífica do STJ.<sup>59</sup>

O dano moral resulta, em regra, de ato lesivo que afeta a personalidade do indivíduo, sua honra, sua integridade psíquica, suas virtudes, enfim o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico. Por isso que o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que, sobrevindo perturbação nas relações psíquicas, na tranqüilidade, nos sentimentos e nos afetos de uma pessoa, em razão de ato ilícito, configura-se o dano moral, passível de indenização.<sup>60</sup>

Os opositores da função reparadora do dano moral negavam-na sob o fundamento único de que a dor não teria preço, por isso que seria impossível apurá-lo, tese finalmente consagrada no Pretório Excelso, mas, agora, repita-se, definitivamente superada com a vigência da CF/88 (art. 5º, V). Cabível hoje sua reparação, o que há de ficar claro é que seu

---

<sup>58</sup> RE 107.307-1/RJ, STF, 2ª Turma, Rel. o Min. CÉLIO BORJA, in DJU de 21/04/89, pág. 5.857.

<sup>59</sup> Súmula 37, STJ.

<sup>60</sup> REsp n.º 8.768/SP, Rel. o Min. BARROS MONTEIRO, 4ª Turma, STJ, in DJU de 06/04/92, pág. 4.497.

caráter é de mera satisfação compensatória, diferentemente do que ocorre com o dano material, cuja reparação tem a finalidade de repor o patrimônio lesado ao seu *statu quo ante*.

O dano moral passou a ser alvo de estudo pela doutrina do Direito de Família, em que se procura demonstrar que é cabível indenização por dano moral resultante das relações familiares, seja entre cônjuges, seja entre pais e filhos, matéria que será enfrentada amiúde nos capítulos seguintes, especialmente no que pertine ao descumprimento do direito de visita.

### **7.1 Guardião que impede ou dificulta o direito de visita do genitor-nãoguardião**

Já se viu em capítulo precedente que, havendo ruptura da vida em comum entre os pais, não é raro que o filho passe a ter aversão ao genitor-nãoguardião, chegando ao ponto de rejeitá-lo e odiá-lo, tudo fruto de uma sub-reptícia lavagem cerebral do genitor-guardião frustrado, que passa a criar uma série de situações visando dificultar ao máximo ou impedir a convivência entre o filho e o genitor-nãoguardião.

Tendo como origem a teoria da responsabilidade civil subjetiva, o guardião que nega ou dificulta o exercício do direito de visita poderá responder, na esfera civil, pelos danos causados ao genitor-nãoguardião e também ao próprio filho, de quem, em verdade, foi subtraído o direito fundamental à convivência familiar (art. 227, CF/88), convivência que, repita-se, lhe é deferida nos diversos núcleos familiares garantidos pela atual ordem constitucional, dentre os quais o formado por ele, filho, e o genitor-nãoguardião (§ 4º, art. 226, CF/88).

Não é preciso que fique caracterizada a situação extrema da ignominiosa alienação parental, caso em que pai e filho prejudicados teriam direito de empunhar aludido fato jurídico como causa de pedir para postular indenização por dano moral contra o responsável pela perpetração daquele ilícito civil. Não. Basta a demonstração, pelo titular do direito de visita, que o genitor-guardião, abusando de seu direito, frustra ou dificulta aquele exercício. Em situações que tais, o transgressor do direito de visita comete ato ilícito por equiparação, na exata exegese do art. 187 do Código Civil.

Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Na lição de Rolf Madaleno: “[...] deixou a família de ser imune ao direito de

danos, encontrando o pedido de indenização o seu fundamento não exatamente no ato ilícito, mas no abuso de direito previsto no art. 187 do Código Civil brasileiro, ainda que exclusivamente moral.”<sup>61</sup>

Na verdade, o novo Código Civil equipara o abuso de direito ao ato ilícito, dando-lhes igual tratamento no plano da responsabilidade civil. É o que resulta evidente da leitura do sobredito art. 187, em confronto com o disposto no art. 927, ambos daquele diploma substantivo.

É claro que, excepcionalmente, havendo motivos graves, o juiz pode regular de modo diferente o exercício da guarda (art. 1.586, CC). O mesmo comando normativo, aplicado sistematicamente com o art. 1.589 do mesmo Código, permite que o juiz assim também proceda em relação ao exercício do direito de visita. Aliás, se o juiz pode suspender ou extinguir o exercício do próprio poder familiar (art. 1.635 c.c. arts. 1.637 e 1.638), poderá também fazê-lo, como corolário lógico, em relação à guarda e ao direito de visita. Sobre o ponto, oportuna a lição da doutrina:

Não se trata aqui de negar a existência de exceções, de situações de natureza patológicas que opõe pais e filhos, que não permitem a subsistência de um vínculo sadio e propulsor de um desenvolvimento em prol destes últimos. Cuida-se aí das excepcionalidades, cuja existência não se pode ignorar, mas que devem encontrar na prudência do juiz, ao analisar a hipótese completa, uma resposta eficaz, restringindo ou mesmo negando a possibilidade do contato, quando efetivamente prejudicial ao filho, derradeiro destinatário da proteção jurídica conferida pelo direito de visitas.<sup>62</sup>

Mas daí não se parta para o absurdo de cancelar o abuso de direito cometido por um genitor contra o outro. Em se verificando o abuso de direito do guardião em detrimento do exercício do direito de visita do genitor-não-guardião, o responsável pelo ato ilícito fica sujeito a reparar-lhe o dano, ainda que exclusivamente moral (art. 186 c.c. art. 917, ambos do Código Civil).

A doutrina sobre o assunto ainda é escassa, não sendo menos escassa a produção jurisprudencial, como constata Bernardo Castelo Branco.<sup>63</sup> Mas ele mesmo admite que a questão, a partir do novo Código Civil, resta amplamente regulada no ordenamento jurídico, exatamente o que acabamos de frisar acima.

---

<sup>61</sup> MADALENO, Rolf. **Repensando o direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 120.

<sup>62</sup> CASTELO BRANCO, Bernardo. **Dano moral no direito de família**. São Paulo: Método, 2006, p. 179.

<sup>63</sup> *Ibid.*, 2006, p. 180.

Poder-se-ia defender que não seria cabível compelir pais e filhos a manterem um contato que não desejam, dado o caráter de afetividade que deve marcar esse vínculo, questão que será enfrentada no capítulo seguinte. Mas daí não se equipare ao ilícito que um genitor impõe ao outro, subtraindo deste o exercício de um direito legítimo assegurado em decisão judicial que lhe garantira o dever-direito de convivência com o filho menor. Aqui, impõe-se a incidência do art. 186 c.c. art. 917, ambos do Código Civil, a menos que o cônjuge-guardião possa demonstrar que agiu acobertado por fatos graves, cometidos pelo genitor-não-guardião, capazes de justificar a suspensão do exercício daquele dever-direito.

## **6.2 O abandono afetivo pela não visita ao filho incapaz**

Como corolário da regra segundo a qual aquele que, por dolo ou culpa ou por abuso de direito, causar dano a outrem, comete ato ilícito (arts. 186 e 187, CC), ficando obrigado a reparar o dano (art. 927, CC), será também responsável pelos danos causados ao filho o genitor que deixa de exercer o dever-direito de visita, ficando obrigado, inclusive, a custear-lhe tratamento psicológico, como também reparar os danos morais sofridos pelo menor, em virtude do abandono afetivo, que o privou do direito fundamental à convivência familiar, ao amparo afetivo, moral e psíquico, devendo o filho ser indenizado, em respeito, dentre outros fundamentos, ao princípio da dignidade da pessoa humana, verdadeiro super princípio que sobrepõe sobre nosso ordenamento jurídico, na medida em que constitui um dos pilares que servem de fundamento à República Federativa do Brasil enquanto um Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, CF/88).

Poder-se-ia defender que não seria cabível compelir pais e filhos a manterem um contato que não desejam, dado o caráter de afetividade que deve marcar esse vínculo. Isto seria plausível entre pai e filho capazes de tomarem, com eficácia, tamanha deliberação. Mas daí não se equipare ao ilícito que o genitor-não-guardião comete ao descumprir ou cumprir irregularmente o dever de visita de filho incapaz que resultou de acordo por ele celebrado, ou lhe foi cometido por decisão judicial transitada em julgado, porque isto também constitui abuso de direito e, portanto, ato ilícito por equiparação (art. 187, CC), constituindo também, mais grave ainda, violação a dever legal que lhe é imposto pela ordem jurídica, em nome do princípio da paternidade ou maternidade responsável, podendo sua omissão voluntária caracterizar típico ato ilícito (art. 186, CC), a ponto de constituir, sim, fator de atribuição de

responsabilidade civil por dano moral, a requerimento do menor prejudicado com o abandono afetivo, segundo lição de Nelly Minyersky, citado por Bernardo Castelo Branco.<sup>64</sup>

Anota Joubert R. Rezende<sup>65</sup> que a responsabilidade civil na relação paterno filial não é propriamente uma novidade para a doutrina nacional, citando o magistério da professora Giselda Maria Fernandes Novais Hironaka, além de transcrever a seguinte ementa do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, em julgamento proferido em 1.04.2004, onde ali foi reconhecida a responsabilidade de um pai que, apesar de cumprir sua obrigação alimentar, não dispensara ao filho a necessária convivência que reclamam o princípio da dignidade humana e seus corolários, os princípios da paternidade responsável e da afetividade:

Indenização. Danos Morais. Relação paterno-filial. Princípio da dignidade da pessoa humana. Princípio da afetividade. - A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana.

Em síntese: posturas que obstaculam o exercício de sagrados direitos, tais como a visita, a convivência e a relação afetiva são passíveis de indenização por danos moral.

---

<sup>64</sup> CASTELO BRANCO, Bernardo. **Dano moral no direito de família**. São Paulo: Método, 2006, p. 185.

<sup>65</sup> REZENDE, Joubert R. Dever de visita. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: SÍNTESE, IBDFAM, ano VI, v. 28, p. 156-157, fev./mar. 2005, p.156.

## **8 IMPLICAÇÕES GERADAS EM RELAÇÃO AO NÃO EXERCÍCIO DO DIREITO DE VISITA E SUA VISÃO PELOS DESTINATÁRIOS**

São múltiplas as consequência geradas pelo não exercício do direito de visita, consoante já ficou abordado nos capítulos antecedentes, especialmente:

1) Quanto ao filho: a) danos psicológicos imensuráveis e imprevisíveis, dentre as quais a denominada síndrome da alienação parental ou falsas memórias; b) direito a indenização por danos morais contra o genitor que o submeteu à alienação parental ou ao abandono afetivo.

2) Quanto ao genitor: a) necessidade de restabelecimento do exercício do pleno direito de visita; b) ante a demora, descrédito no Judiciário; 3) indenização por danos morais contra o próprio Estado.

Aqui, interessa também pontuar outras implicações geradas em relação ao descumprimento do exercício do direito de visita, especialmente aquelas que dizem respeito à visão e ao nível de satisfação que os jurisdicionados têm do Poder Judiciário e, em particular, das varas de família alvos da pesquisa.

Quanto a esta particularidade, preferiu-se colher a opinião de jurisdicionados envolvidos com demandas que até hoje não encontram justa solução perante o órgão jurisdicional competente para seu deslinde, evitando-se mencionar a vara e o nome do magistrado e preservando-se a identidade dos reclamantes pelo uso apenas dos prenomes e abreviatura dos sobrenomes.

Transcreve-se no apêndice o questionário e a respectiva coleta de dados junto aos jurisdicionados ouvidos.

## 9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir de sua concepção juspositivista, sabe-se que o Direito é produto do Estado e, como tal, permanece ligado à classe dominante. Por força disto, o Direito e, por consequência, o Estado e, como órgão deste, o Poder Judiciário, ambos têm sido alvos de críticas nos últimos cento e cinquenta anos pelo fato de não produzirem respostas aos anseios das classes sociais dominadas.<sup>66</sup>

A partir das lutas de classe e de pensadores do porte de Karl Marx, o Estado Liberal evoluiu para o denominado Estado Social. E, se ocorreu a superação histórica do jusnaturalismo, deu-se o fracasso político do juspositivismo, a exemplo do nazismo, cuja ideologia tomou conta do Estado e este promoveu a barbárie. Portanto, depois do fim da 2ª Guerra, a ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido. Nasce daí o denominado *pós-positivismo*, um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação (relação entre valores, princípios e regras), aspectos da nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sob o fundamento da dignidade humana.<sup>67</sup> O Estado contemporâneo, portanto, deve promover o bem-estar social, porque a sociedade e a evolução tecnológica exigiram a mudança de paradigmas.

O Poder Judiciário atual deve estar atento a essas novas exigências. Sabe-se, entretanto, que os juízes de 1º grau, dentro da estrutura hierarquizada do Judiciário, sofrem mais diretamente as pressões sociais e vivem de modo mais profundo as tensões entre a racionalidade formal (justiça formal) do mundo do direito e a racionalidade material (justiça substantiva) reclamada pelos movimentos populares de uma sociedade hoje marcada não só por conflitos de interesse, mas também e principalmente por conflitos de valores e modelos culturais excludentes.

---

<sup>66</sup> LIRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. Brasília: Brasiliense, 1997, p. 2.

<sup>67</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional inovadora. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 325.

Nesta pesquisa não foi objetivo o enfrentamento amiúde e diretamente de tais questões. Como tais reflexões, em todo caso, redimensionaram e redirecionaram a atuação do juiz e do Poder Judiciário modernos, resolveu-se tomá-las, de qualquer sorte, como pano de fundo, para cuidar-se, aqui, objetivamente, de questões mais terrenas, cotidianas mesmas: a constatação de que o Poder Judiciário, a despeito de seus problemas institucionais, vive eterna crise de identidade e que, diuturnamente, muito há que se fazer para superá-la.

No que pertine à Justiça Estadual, especialmente as Varas de Família, a despeito do compromisso e da qualidade intelectual de seus juízes e servidores, salvo raríssimas exceções, o problema não é menor. Alguns processos arrastam-se anos a fio sem solução. É dizer: a Justiça Estadual é mal estruturada, embora as causas sejam múltiplas, muitas delas não solucionáveis pelo gestor direto de uma determinada vara, o juiz. Impunha-se, como uma das soluções, a adoção do denominado orçamento participativo, em que juizes e servidores indicassem as necessidades de suas respectivas unidades judiciais.

Algumas conclusões são visíveis, a exemplo da falta de sintonia entre os interesses desses jurisdicionados e a capacidade do Poder Judiciário para, em tempo razoável, dar uma solução a este tipo peculiar e sensível de demanda. A sociedade evoluiu, mas o Judiciário parece ancorado no século passado, embora haja perspectivas de modernização, com a iminente virtualização processual!

Na prática do dia-a-dia forense vem à tona a dura realidade das partes envolvidas em demandas dessa espécie. É notável, por exemplo, o desespero de um pai, residente em Brasília, com sua ex-mulher residindo na periferia de Fortaleza, para onde desertou, à revelia do ex-marido, sem prévia autorização judicial, trazendo com ela, às escondidas, a filha do casal, subtraindo desta todas as oportunidades que a permanência na Capital da República, sob a vigilância de um pai bem sucedido, poderia lhe proporcionar. E o pai, desesperado, confessa que, tivesse ele outro tipo de compromisso com a vida e com a filha que trouxe ao mundo, se contentaria com o pagamento da pensão alimentícia e as visitas periódicas, deixando o resto por conta do destino. Mas como ele não é adepto do determinismo, como confessa nas entrelinhas, veio a juízo lutar pela guarda da filha, por entender que não pode silenciar, nem ser cúmplice de uma atitude egoísta que certamente roubará o futuro que poderá ter no promissor ambiente onde ela nasceu e viveu seus primeiros 10 anos de vida, tendo ele consciência que ela será, daqui a 10 anos, o que o Juiz, em particular, e o Poder Judiciário como um todo, decidirem agora. E o que é pior: ele, também nas entrelinhas, diante



da inércia do Judiciário, já cogita de responsabilizar civilmente alguém (não se sabe se a ex-mulher ou o Estado?) pelos descaminhos da filha e pelos prejuízos por ambos sofridos.

O outro depoimento é de um advogado que necessitou demandar em juízo o direito de visita do filho. O resultado até hoje é nenhum, estando há mais de dois anos sem ver o filho e sem que este possa exercer o direito fundamental à convivência familiar. Quer dizer: verdadeiro quadro de alienação parental, sem que o Poder Judiciário haja tomado medida justa e em tempo razoável para arremediar essa dupla violação de direito.

Quer dizer: frente a dramas como o desses personagens, alguns órgãos do Poder Judiciário, em pleno século XXI, ainda se postam sob o manto do vetusto positivismo jurídico, pautado pela ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal que já não tem, insista-se, aceitação no pensamento contemporâneo. Para dar solução justa a tão delicadas questões que mexem com os mais íntimos sentimentos de uma família e, em particular, de cada um de seus membros individualmente, impõe-se a esses magistrados, urgentemente, adotar o modelo pós-positivista, de modo a valorizar a função social do direito, interpretando-o sob o manto da nova hermenêutica constitucional e sempre atento à teoria dos direitos fundamentais, edificada sob o fundamento da dignidade humana, como defende o Professor Luiz Roberto Barroso, aqui repetidamente citado. Quer dizer: na solução de questões que envolvam guarda de menores e direito de visita, o juiz, além de decidir com rapidez, deve ter sempre à mão o domínio dos fatos da causa (quando poderá contar com o auxílio de equipes multidisciplinares) e das normas jurídicas que regulam o caso concreto, nunca se descurando de decidi-lo à luz dos princípios constitucionais que norteiam o Direito de Família, notadamente aqueles mais voltados para os institutos da Guarda e do Direito de Visita, dentre os quais os princípios da afetividade, da solidariedade familiar, do melhor interesse da criança e do adolescente, além daquele que é considerado, na nova ordem constitucional, o princípio dos princípios: o da dignidade da pessoa humana. Nunca é demais repetir que com o pós-positivismo os princípios foram conduzidos ao centro do sistema jurídico e conquistaram status de norma com eficácia jurídica e aplicabilidade direta e imediata, sendo certo que a Constituição é a lente através da qual se lêem e se interpretam todas as normas infraconstitucionais.

Conclusivamente: o novo Direito das Famílias não se satisfaz apenas com as instituições já conhecidas e sedimentadas. Há uma exigência da participação responsável de todos os atores sociais na busca da dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 227), de maneira

que nenhuma instituição pode servir de óbice à sua concretização, especialmente o Poder Judiciário, exatamente o órgão constitucionalmente encarregado de dar a necessária, precisa e justa solução para tais dramas familiares, seja pela adoção da guarda compartilhada, seja pela responsabilização dos pais pela visitação, como forma de possibilitar um desenvolvimento moral, psíquico e intelectual saudável aos filhos, na medida em que é dever da família e preponderantemente do Estado colocar o menor a salvo de qualquer negligência (art. 227, CF/88), compreendido nesta o afastamento da convivência parental.<sup>68</sup>

Por outro lado, reconhecendo os percalços estruturais da máquina Judiciária — porque os Tribunais, lamentavelmente, tratam as Varas de Família como varas comuns — o grande nó górdio está mesmo na falta de tomada de posição da magistratura para o deslinde definitivo dos casos concretos, ficando as partes vivenciando uma realidade provisória, resultante de provimentos precários. Os processos, à falta de uma cognição plena sobre os fatos da causa, revelam uma face distorcida da realidade vivida pelos filhos, os verdadeiros destinatários da proteção estatal, nos casos em que os pais, desfeita a união, lhes disputam a guarda ou intentam exercer o denominado Direito de Visita, instrumento indispensável à realização de um direito fundamental do menor, o direito à convivência familiar (art. 227, CF/88), já agora frente à realidade resultante do desenlace, ante a existência de dois núcleos familiares distintos, formado por eles, filhos, com cada um dos pais separados (§ 4º, art. 226, CF/88). O que não é aceitável, e há de ser alvo de cuidadoso controle pelas Corregedorias dos Tribunais e pelo próprio Conselho Nacional de Justiça, é que o Órgão Judiciário, ele próprio, contribua com sua inércia para que o menor seja alvo de negligência (art. 227, CF/88), compreendido nesta, repita-se, o afastamento da convivência parental.

A magistratura, a propósito, não pode perder de vista que os direitos fundamentais são auto-executáveis, a ponto de dispensar regulamentação em sede de legislação infraconstitucional, de tal sorte que o direito fundamental do menor à convivência familiar (art. 227, CF/88), que tem no exercício do direito de visita uma de suas manifestações mais palpáveis, não pode sujeitar-se a condicionamentos, a exemplo do inadimplemento de prestação alimentícia pelo genitor-não-guardião ou acusações, sem prova inconteste, de que dito genitor estaria submetendo o filho a situação de risco. Se o genitor-não-guardião já é, por acordo ou decisão judicial, o titular do direito de visita, deve o juiz garantir-lhe a continuidade desse exercício, em caso de alegação de embaraço pelo genitor-guardião, deixando para

---

<sup>68</sup> REZENDE, Joubert R. Dever de visita. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: SÍNTESE, IBDFAM, ano VI, v. 28, fev./mar. 2005, p. 154.

suspender esse exercício somente depois que este demonstre a necessidade de alteração do *status quo ante*. Quer dizer: o juiz deve manter, até prova em contrário, a situação pré-existente à deflagração do novo dissídio entre os pais.

Cuidou-se aqui de demonstrar também que a guarda compartilhada, já agora institucionalizada em nosso ordenamento jurídico, pode ser um notável instrumento para a pacificação de conflitos familiares pertinentes ao direito de convivência familiar, parecendo que chegou a hora da magistratura deixar de repeli-la *a priori*, sem maiores justificativas, com sói acontecer.

Por último, cuidou-se de abordar o direito do filho e do genitor preterido no exercício do direito de visita de demandar em juízo indenização por dano moral, direito de ação que pode ser exercido contra o transgressor, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado, quando ficar demonstrado que o próprio órgão jurisdicional se omitiu, durante anos, de garantir esse dever-direito do genitor-não-guardião e o direito fundamental do menor à convivência parental.

No remate, estima-se que esta pesquisa e as considerações aqui desenvolvidas sirvam de contribuição para melhorar a efetividade do processo, além da eficácia e credibilidade do Poder Judiciário, porque, como afirma Humberto Teodoro Junior, perder-se a confiança na Justiça é o último e pior mal que pode assolar o Estado Democrático de Direito.<sup>69</sup>

---

<sup>69</sup> MIGUEL FILHO, Raduan. O Direito/Dever de visita, Convivência familiar e multas cominatórias. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Família e dignidade humana. **Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 817.

## REFERÊNCIAS

- ARAÚJO JUNIOR, Gediel Claudino de. **Direito de família: Teoria e prática**. São Paulo: Atlas, 2006.
- BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional inovadora**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BATISTA, Silvio Neves. Guarda e direito de visita. In: A família da travessia do milênio. **Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Família**. 5. ed. Campinas: Millennium, 2003.
- CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e separação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- CANEZIN, Claudete Carvalho. Da guarda compartilhada em oposição à guarda unilateral. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: SÍNTESE, IBDFAM, v. 6, n. 28, p. 24, 2005.
- CARVALHO NETO, Inácio de. **Separação e divórcio – Teoria e prática**. Curitiba: Juruá, 2007.
- CASTELO BRANCO, Bernardo. **Dano moral no direito de família**. São Paulo: Método, 2006.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: RT, 2007.
- DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. Danos psíquicos da alienação parental no litígio familiar. In: MADALENO, Rolf; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro (Coord.). **Atualidades do direito de família e sucessões**. Sapucaia do Sul: Notadez, 2008.
- FARIA, José Eduardo. **Justiça e conflito: os juízes em face dos novos movimentos sociais**. São Paulo: RT, 1991.
- GAMA, Guilherme Calmom Nogueira da. **Direito de família brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.
- LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. São Paulo: Brasiliense, 1997.
- LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Guarda de filhos: Os conflitos no exercício do poder familiar**. São Paulo: Atlas, 2008.
- LIBERATI, Wilson Donizete. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MADALENO, Rolf. **Repensando o direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MARQUES, Suzana Oliveira. **Princípios do direito de família e guarda dos filhos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

MIGUEL FILHO, Raduan. O Direito/Dever de visitas, convivência familiar e multas cominatórias. In: PEREIRA Rodrigo da Cunha (Coord.). Família e dignidade humana. **Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

NEGRÃO, Theotônio. **Código de Processo Civil**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

OLIVEIRA, J. F. Basílio de. **Guarda, visitação, busca e apreensão de menor**. 3. ed. Leme-SP: BH Editora e Distribuidora, 2009

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

\_\_\_\_\_. Família e dignidade humana. **Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. **Direitos fundamentais e relações familiares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

RESENDE, Joubert R. Dever de visita. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: SÍNTESE, IBDFAM, ano VI, v. 28, fev./mar. 2005.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Mediare – Um guia prático para mediadores**. 2. ed. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SILVA, Ana Maria Milano. **A lei sobre a guarda compartilhada**. 2. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2008.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de filhos**. São Paulo: DPJ, 2006.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2006.

WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2004.

## **APÊNDICE**

PRIMEIRO ENTREVISTADO: Lívio R. F.

Primeira pergunta: Qual a visão que o prejudicado no seu direito de visita tem do Judiciário Cearense?

Resposta - A cultura que prevalece nestes casos seria do ideal em princípio da realidade familiar onde a mãe seria aquela que lutaria pelo bem estar de sua prole. Inobstante esta realidade, mas os interesses prevalecem, sempre. Quando a mulher percebe que não tem qualquer ingerência sobre o homem, tenta forçá-lo, para satisfação de seus interesses, impedindo qualquer contato seu com o filho. Com isso, tenta, no mais das vezes, uma espécie de chantagem, por questões financeiras.

Passado este primeiro ponto, de cunho filosófico, vamos à questão prática. Ingressamos com uma ação de regulamentação de visita no intuito de impedir a mutação de locais onde pegar e onde deixar a criança. Ingressamos também com Revisão de Alimentos. Desde então, não temos mais tido condições de qualquer visita. A mãe do menor mora com a irmã, advogada, que por sua vez, tem uma filha com um promotor que também não vê a menor. Dita advogada retém os autos abusivamente para que estes não tramitem. A última vez que estive com meu filho foi no final de semana de 3 e 4 de fevereiro de 2007. Passados estes pontos, temos as seguintes conclusões, em resposta a demanda acima: A conduta do Judiciário Cearense não vem dando prioridade aos casos de família. Qualquer caso onde se constate o impedimento por parte de quem quer que seja dos pais no sentido de se encontrar impedindo o contato com filho, deve ser questão de prioridade máxima, com a possibilidade de perda da guarda para quem estiver ocasionando tal dismantelo. O Judiciário Cearense não tem dado esta prioridade e com isso tem causado desarmonia entre pais e filhos, seja entre mãe e filho, seja entre pai e filho, dependendo da condição em particular.

Segunda pergunta: Qual o nível de satisfação dos envolvidos com a questão sobre a prestação da tutela judiciária no Estado do Ceará, especialmente nas Varas de Família?

Resposta: Quando passamos por uma situação que não apresenta a necessária efetividade e rapidez que demanda uma situação onde se verifique um hiato no tempo no que concerne ao contato de um pai com um filho ou de uma mãe com um filho, preferimos nem exaurir qualquer manifestação. De qualquer forma, o nível de satisfação é nulo, no afã de nos

poupar de quaisquer sofrimentos pela distância que nos é imposta e aguardarmos uma tutela que fica pairando no ar, sem qualquer resultado.

Disponibilizo todos os meus dados para o que se fizer necessário. Não quero que ninguém mais passe por isso. O Judiciário poderia colaborar, dando maior efetividade e celeridade nas varas de família. (aa) LÍVIO R. F.

SEGUNDO ENTREVISTADO: Jorge H. C.

Primeira pergunta: Qual a visão que o prejudicado no seu direito de visita tem do Judiciário Cearense?

Resposta: Diante da minha condição de profissional em Brasília e da decisão de minha mulher de, após nossa separação de fato, evadir-se para Fortaleza, nossa terra natal, levando consigo nossa única filha, e ali adotar um modelo de vida incompatível com o ideal para a criação e educação da criança, resolvi propor uma ação perante o Poder Judiciário, em Fortaleza, para lutar pela guarda de nossa filha. A princípio, fiquei na expectativa de que a Juíza do caso resolvesse a questão com a urgência necessária. Diante da demora, entendi que a juíza precisava ouvir-me. A angústia pela demora fez-me antecipar essa audiência, daí porque resolvi escrever-lhe informalmente uma carta, com bastante transparência, mas que consultava tudo o que eu sentia e pensava a respeito do que esperava do Poder Judiciário e em particular daquela magistrada. A carta tem o teor seguinte (aqui, opto por omitir o nome da Juíza):

Brasília, 04 de abril de 2006

Dra. Juíza,

Peço um pouco da sua atenção para a leitura desse breve relato sobre as motivações que me fazem lutar pela guarda da minha filha Camilla, cujo processo se encontra em suas mãos. Até então não sabia o que era uma disputa judicial, a tramitação de um processo, o desconforto de uma audiência, o registro formal de acusações e defesas.

Os argumentos jurídicos, os depoimentos, os documentos que atestam a qualidade educacional, espiritual e material que cercavam a vida da minha filha em Brasília podem ser visto no processo. O comportamento inadequado da mãe, sua fragilidade emocional, sua incapacidade de cuidar da própria vida, também podem ser percebidas no processo sem dificuldades. Portanto, não preciso repeti-los aqui.



O que gostaria de trazer para a reflexão da senhora é aquilo que não pode constar na frieza e indiferença dos autos. Veja, Dra. Juíza, a Camilla é minha única filha, posso dar a ela uma educação esmerada, cuidadosa, com todas as oportunidades que uma família com padrões confortáveis de vida no Brasil pode oferecer. E educar uma pessoa não é apenas matriculá-la numa boa escola e em cursos complementares. É bem mais do que isso. Acompanham o carinho e a delicadeza, o comportamento dos adultos que cercam a criança, os valores que emanam dos seus gestos e palavras, as referências cotidianas que brotam do seu existir, a sociabilidade, a convivência, as viagens, os amigos que fazemos na infância, os diálogos que ouvimos, enfim o mundo simbólico que se constrói dentro de nós a partir do universo que freqüentamos na infância, na adolescência e juventude.

É a singularidade e as distinções dessas experiências que forjam os espíritos empreendedores, equilibrados e exuberantes. E tudo isso, como as fotos que acompanham o processo atestam, minha filha tinha aqui em Brasília. E tudo isso parece perdido agora. Minha filha foi arrastada para um mundo sem virtude, decadente, sem perspectiva, sem futuro e tenso pelo fracasso que o cerca de forma inexorável.

Fosse eu outro pai, tivesse outro tipo de compromisso com a vida e com a filha que trouxe ao mundo, me contentaria com o pagamento da pensão alimentícia e as visitas periódicas. Deixaria o resto por conta do destino. Mas não posso silenciar. Não posso ser cúmplice de uma atitude egoísta que vai roubar o futuro que minha filha poderá ter. Daí a minha luta pela guarda da minha Camilla. Ela será daqui a 10 anos o que a senhora em particular e o Poder Judiciário como um todo decidirem agora.

Por favor, ofereça à minha filha Camilla, o mesmo destino que senhora gostaria que os seus tivessem.

Atenciosamente, Jorge H. C.

Segunda Pergunta: Qual o nível de satisfação dos envolvidos com a questão sobre a prestação da tutela jurisdicional no Estado do Ceará, especialmente nas Varas de Família?

Resposta: A ação se arrasta até hoje sem solução. Os danos à minha filha são imensuráveis. Não fui alijado apenas da guarda de minha filha. Nas circunstâncias, sofremos pela distância imposta entre nós. O futuro de minha filha está comprometido. Uma decisão unilateral da minha ex-mulher me é imposta e chancelada até hoje pelo Judiciário. Ela não

podia, sem ordem do Judiciário de Brasília, mudar de domicílio. Fê-lo impunemente. Decorridos vários anos, os laços afetivos entre filha e pai estão comprometidos. A demora é absurda. Alguém tem que responder por isso.

## **ANEXOS**

## ANEXO A

**COMISSÃO DE SEGURIDADE SOCIAL E FAMÍLIA****PROJETO DE LEI Nº 4.053, DE 2008.**

“Dispõe sobre a alienação parental”

Autor: Deputado **RÉGIS DE OLIVEIRA**  
Relator: Deputado **ACÉLIO CASAGRANDE**

**I – RELATÓRIO**

O Projeto de Lei em epígrafe, de autoria do Deputado Régis de Oliveira, tem os seguintes objetivos básicos: a definição do que é alienação parental; a fixação de parâmetros seguros para sua caracterização; e o estabelecimento de medidas para inibir a prática de atos de alienação parental ou atenuar seus efeitos.

Em sua justificativa, o nobre parlamentar esclarece que a alienação parental é prática que pode se instalar no arranjo familiar, após a separação conjugal ou o divórcio, quando há filho do casal que esteja sendo manipulado por genitor para que, no extremo, sinta raiva ou ódio contra o outro genitor; que é forma de abuso emocional apta a causar à criança distúrbios psicológicos (por exemplo, depressão crônica, transtornos de identidade e de imagem, desespero, sentimento incontrolável de culpa, sentimento de isolamento, comportamento hostil, falta de organização e dupla personalidade) para o resto da vida.

Argumenta ainda que a alienação parental merece reprimenda estatal porquanto é forma de abuso no exercício do poder familiar, de desrespeito aos direitos de personalidade da criança em formação; que envolve claramente questão de interesse público, ante a necessidade de exigir uma paternidade ou maternidade responsável, compromissada com as imposições constitucionais, bem como de salvaguardar a higidez mental das crianças e adolescentes. Pondera que o artigo 227 da Constituição Federal e o artigo 3º da Lei nº. 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente - asseguram o desenvolvimento

físico, mental, moral, espiritual e social das crianças e adolescentes, em condições de liberdade e de dignidade.

A proposição tramita em regime ordinário e foi distribuída para as Comissões de Seguridade Social e Família e de Constituição e Justiça para exame em caráter conclusivo (art. 24, II, do Regimento Interno).

No prazo regimental, foi apresentada, neste órgão técnico uma Emenda de autoria do deputado Pastor Pedro Ribeiro, no sentido de, em síntese: a) estender a proteção aos adolescentes; b) assegurar o convívio da criança ou adolescente com os familiares de ambos os genitores e avós; c) considerar que a alienação parental pode ter por sujeito ativo não apenas um dos genitores, mas também os avós e detentores da guarda.

Na Sessão Legislativa anterior, o projeto foi distribuído ao relator, deputado Dr. Pinotti, que apresentou parecer pela aprovação na forma de um substitutivo, que não chegou a ser apreciado por este colegiado.

É o relatório.

## **II – VOTO DO RELATOR**

De fato, a alienação parental, assim entendida a interferência na formação psicológica da criança para que repudie mãe ou pai ou cause prejuízos ao estabelecimento de laços afetivos com estes, é prática que carece de definição legal. Os atuais instrumentos legais têm permitido interpretação consolidada que não dá uma resposta efetiva a casos dessa natureza; o problema vem ganhando dimensão relevante, com recorrentes casos similares. Necessário, portanto, o aperfeiçoamento do ordenamento jurídico no sentido de que haja expressa reprimenda à alienação parental ou a conduta que obste o efetivo convívio entre criança ou adolescente e genitor. O projeto em apreço supre essa lacuna e viabiliza segura intervenção do Estado no sentido de inibir ou atenuar os efeitos dos atos de alienação parental.

A alienação parental é reconhecida como forma de abuso emocional, que pode causar à criança ou adolescente distúrbios psicológicos para o resto da vida. Nesse sentido, não há dúvida de que também representa abuso no exercício do poder familiar, de desrespeito aos direitos de personalidade da criança em formação. Envolve claramente questão de interesse público, ante a necessidade de exigir uma paternidade ou maternidade responsável, compromissada com as imposições constitucionais, bem como de salvaguardar a higidez mental de nossas crianças e adolescentes.

Além de introduzir definição legal da alienação parental no ordenamento jurídico, a proposição estabelece rol exemplificativo de condutas que dificultam o efetivo convívio entre criança ou adolescente e genitor, de forma a

não apenas viabilizar o reconhecimento jurídico da conduta de alienação parental, mas sinalizar claramente à sociedade que tal merece reprimenda estatal.

Importante cautela observada é o fato de a proposição não afastar qualquer norma ou instrumento de proteção à criança já existente no ordenamento, mas propor ferramenta mais adequada a permitir clara e ágil intervenção judicial para lidar com questão específica, qual seja, a alienação parental, ainda que incidentalmente. O Projeto de Lei referenda, ainda, a aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente, em casos de alienação parental, sem prejuízo da ampla gama de instrumentos e garantias de efetividade prevista no Código de Processo Civil.

Em sintonia com o direito comparado e em harmonia com a recém aprovada Lei nº 11.698/2008 - Lei da Guarda Compartilhada -, a proposição ainda estabelece como critério diferencial para a atribuição ou alteração da guarda, nas hipóteses em que inviável a guarda compartilhada, sem prejuízo das disposições do Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente, o exame da conduta do genitor sob o aspecto do empenho para que haja efetivo convívio da criança ou adolescente com o outro genitor. Neste particular, a simples aprovação da proposição será mais um fator inibidor da alienação parental, em clara contribuição ao processo de reconhecimento social das distintas esferas de relacionamento humano correspondentes à conjugalidade e à parentalidade.

Evidente vantagem da existência de definição legal de alienação parental é o fato de, em casos mais simples, permitir ao juiz, de plano, identificá-la, para efeitos jurídicos, ou, ao menos, reconhecer a existência de seus indícios, de forma a viabilizar rápida intervenção jurisdicional. O rol exemplificativo de condutas caracterizadas como de alienação parental tem esse sentido: confere ao aplicador da lei razoável grau de segurança para o reconhecimento da alienação parental ou de seus indícios, independentemente de investigação mais profunda ou caracterização da alienação parental por motivos outros. Tais exemplos, antes de qualquer casuismo, refletem as formas em que repetidamente se opera a alienação parental.

O projeto também caracteriza a prática de atos de alienação parental como descumprimento do poder familiar, de forma a permitir seja diretamente inferidas conseqüências jurídicas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Para as hipóteses mais complexas de alienação parental, há a previsão de realização de perícia psicológica ou biopsicossocial como subsídio à decisão judicial, com a preocupação de induzir maior celeridade e profundidade na investigação pericial quando se examina hipótese de alienação parental.

De forma prudente, estabelece medidas diferentes para lidar com os diferentes graus de alienação parental, desde atos mais leves que a literatura aponta por passíveis de ser inibidos por mera declaração judicial, até os mais graves, que recomendariam perda do poder familiar.

Sob o aspecto preventivo, a proposição sinaliza aos genitores que a prática de atos de alienação parental será critério diferenciado para

a concessão de guarda em favor do outro genitor, nas hipóteses em que inviável a guarda compartilhada. Privilegia-se, portanto, adequadamente, o genitor que garante o efetivo convívio da criança ou adolescente com o outro genitor, em benefício do pleno convívio da criança ou adolescente com ambos.

A Emenda apresentada merece atenção por ampliar os destinatários da norma e lhe dar maior eficácia, ao estendê-la adequadamente aos adolescentes; ao assegurar o convívio da criança ou adolescente com os familiares de ambos os genitores e avós; ao considerar que a alienação parental pode ter por sujeito ativo não apenas um dos genitores, mas também os avós e detentores da guarda.

Parece adequada à ampliação das ferramentas e cautelas referidas na versão original do Projeto de Lei de forma a assegurar meios de inibir ou atenuar efetivamente a prática de alienação parental no curso de processo judicial, bem como ampliar os destinatários da proteção.

Entende-se que a referência à mediação deve ser excluída do projeto em exame, por já haver projetos mais amplos, sobre tal matéria, nesta Casa, adequadamente submetidos a exame autônomo, dada a complexidade daquela matéria específica.

Considerada a possibilidade de eventual controvérsia acerca da aplicação de instrumentos penais específicos previstos na Lei nº 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente - aos casos definidos como de alienação parental, julga-se necessária a sistematização do ordenamento jurídico, também neste passo, reconhecendo expressamente como ilícitos a apresentação de falsas denúncias em contexto de alienação parental e o óbice deliberado à convivência entre criança ou adolescente e genitor.

Assim considero meritória a emenda apresentada nesta Comissão para sistematização do texto, para ampliação de sua eficácia, bem como para sua harmonização com a Lei nº 11.698/2008, entendo ser necessário a apresentação de Substitutivo ao Projeto de Lei nº 4.053/2008, nos seguintes aspectos referidos sinteticamente:

1 – incorporação da Emenda proposta pelo deputado Pastor Pedro Ribeiro;

2 – harmonização do texto com a Lei nº 11.698/2008 - Lei da Guarda Compartilhada e a mais avançada nomenclatura;

3 – ampliação das cautelas e ferramentas processuais para inibir o uso do próprio processo judicial como aliado na prática da alienação parental;

4 – estabelecimento de requisitos específicos para os laudos periciais relacionados à alienação parental, de forma a induzir celeridade e melhoria de conteúdo;

5 - exclusão das disposições sobre mediação, adequadamente tratadas em projetos específicos;

6 – extensão de ilícitos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) para hipóteses específicas de alienação parental (falsas denúncias de abusos contra crianças e adolescentes e óbice deliberado ao convívio de criança ou adolescente com genitor);

Em razão do exposto, somos pela aprovação do Projeto de Lei nº 4.053/2008 na forma do Substitutivo que apresentamos em anexo.

Sala da Comissão, em

de Maio de 2009.

Deputado **ACÉLIO CASAGRANDE**  
Relator



## ANEXO B

## COMISSÃO DE SEGURIDADE SOCIAL E FAMÍLIA

## SUBSTITUTIVO AO PROJETO DE LEI Nº 4.053 DE 2008

Dispõe sobre a alienação parental.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou 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 genitor ou que cause prejuízos ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

II - dificultar o exercício da autoridade parental;

III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar sua convivência com a criança ou adolescente;

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

Art. 2º A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou adolescente de convivência familiar saudável, constitui prejuízo à realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, abuso moral contra a criança ou adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.

Art. 3º Declarado indício de ato de alienação parental, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidentalmente, o processo terá tramitação prioritária e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou adolescente, inclusive para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese, assegurar-se-á à criança ou adolescente e ao genitor garantia mínima de visitação assistida, ressalva feita ao exercício abusivo do direito por genitor, com iminente risco de prejuízo à integridade física ou psicológica da criança ou do adolescente, atestado por profissional eventualmente designado pelo juiz para acompanhamento das visitas.

Art. 4º Havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidentalmente, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial.

§ 1º O laudo pericial terá base em ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, conforme o caso, compreendendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos autos, histórico do relacionamento do casal e da separação, cronologia de incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e exame da forma como a fala da criança ou adolescente se apresenta acerca de eventual acusação contra genitor.

§ 2º A perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitados, exigida, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental.

§ 3º O perito ou equipe multidisciplinar designada para verificar a ocorrência de alienação parental terá prazo de 90 (noventa) dias para apresentação do laudo, prorrogável exclusivamente por autorização judicial baseada em justificativa circunstanciada.

Art. 5º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidentalmente, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

- alienador;
- I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o
- genitor alienado;
- II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do
- III - estipular multa ao alienador;
- IV - determinar intervenção psicológica monitorada;
- V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;
- VI - declarar a suspensão da autoridade parental.

Parágrafo único. Caracterizada mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar ou retirar a criança ou adolescente junto à residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar.

Art. 6º A atribuição ou alteração da guarda dará preferência ao genitor que viabiliza a efetiva convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, nas hipóteses em que inviável a guarda compartilhada.

Parágrafo único. Havendo guarda compartilhada, será atribuída a cada genitor, sempre que possível, a obrigação de levar a criança ou adolescente à residência do outro genitor ou a local ajustado, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar.

Art. 7º A alteração de domicílio da criança ou adolescente é irrelevante para a determinação da competência relacionada às ações fundadas em direito de convivência familiar, salvo se decorrente de consenso entre os genitores ou decisão judicial.

Art. 8º A Seção II do Capítulo I do Título VII do Estatuto da Criança e do Adolescente aprovado pela Lei 8.069 de 13 de julho de 1990, passa a vigorar com o seguinte acréscimo:

“Art.236.....

.....

Parágrafo único. Incorre na mesma pena, se o fato não constitui crime mais grave, quem apresenta relato falso a agente indicado no *caput* ou a autoridade policial cujo teor possa ensejar restrição à convivência de criança ou adolescente com genitor.”

Art. 9º A Seção II do Capítulo I do Título VII do Estatuto da Criança e do Adolescente aprovado pela Lei 8.069 de 13 de julho de 1990, passa a vigorar com o seguinte acréscimo:

“Art.236-A. Impedir ou obstruir ilegalmente contato ou convivência de criança ou adolescente com genitor.

Pena – detenção de seis meses a dois anos, se o fato não constitui crime mais grave.”

Art. 10. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Sala da Comissão, em            de Maio de 2009.

Deputado **ACÉLIO CASAGRANDE**  
Relator