

Laudo Arthur – Advogado em São Paulo

Especialista em Contratos - CEU 1998-99

Especialista em Direito Constitucional - CEU 2005

Especializando em Família e Sucessões - EPD 2009

A AMIZADE NO DIREITO DE FAMÍLIA. UM CONTRIBUTO À REFLEXÃO SOBRE O PAPEL DA GUARDA E DA IMPLEMENTAÇÃO DO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR.

Sumário: I - Introdução; II – Da insuficiência do direito e da tendência das normas morais se transformarem em normas jurídicas; III – Algumas considerações sobre a amizade no Direito de Família; IV – Dificuldades que se oferecem para fomentar a convivência; V – Conclusões.

I – Introdução

Passados mais de vinte anos da promulgação da Constituição, ainda persiste a triste realidade de existirem direitos relegados a um plano meramente formal, de simples previsão normativa, ainda que privilegiada, e portanto, aquém do esperado pelo Constituinte. É preciso, pois, que se caminhe, na busca pela materialização ou efetivação destes direitos, o que não tem sido tarefa fácil pelos uso dos métodos tradicionais.

Gustavo Tepedino¹, com propriedade peculiar observou ser necessário “uma reconstrução das categorias do direito de família, **renovado pelo valores existenciais**, processo hermenêutico cuja importância avulta no exame da filiação. A relação parental, com efeito, e em particular a filiação, põe em evidência uma série de situações jurídicas existenciais, incompatíveis com o tratamento dogmático tradicionalmente forjado nas relações patrimoniais (...) inapto a servir de paradigma para as situações jurídicas existenciais que medeiam o reconhecimento da filiação e a educação dos filhos, como processo destinado à afirmação e ao desenvolvimento da personalidade.”

O direito da criança à **convivência familiar** está posto no ordenamento jurídico brasileiro de forma privilegiada, conforme se vê do artigo 227 da Constituição da República, com destaques nossos:

¹ - A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional, obra coletiva coordenada por Rodrigo da Cunha Pereira, com o título Afeto, Ética e Família, ed. Del Rey, p. 307

“ É dever da família, da sociedade e do Estado, assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à **convivência familiar** e comunitária, além de colocá-los à salvo de toda forma de negligência, exploração, violência, crueldade e opressão.”

Não bastasse *o status* constitucional², o tema recebeu prioridade³ do Legislador que, logo após a promulgação da Constituição, editou a lei 8.069, em 13 de julho de 1.990 - ECA, assegurando a proteção integral (art. 1º), peculiar da criança e do adolescente, como **pessoas em desenvolvimento** físico, mental, moral, espiritual, social, em condições de liberdade e dignidade (art. 3º), mediante **convivência familiar** e comunitária (art. 4º). No mesmo ano, pelo Decreto nº 99.710, entrou em vigor a Convenção sobre os Direitos da Criança.

Consagrou-se assim no plano legislativo, o direito da criança e do adolescente de **conviver** com seus pais, ainda que desfeita a relação de conjugalidade. Esta relação de convivência, naturalmente, não está limitada apenas a **visitas protocolares**, como infelizmente ainda vem sendo tratada, mas deve estar vocacionada a estabelecer uma verdadeira **relação de amizade**, de afeto, de contributo ao desenvolvimento pleno da criança, como veremos adiante.

Atualmente, parece prevalecer ainda o entendimento de que tal convivência é mais uma faculdade dos genitores, a depender do altruísmo e da boa vontade individual, do que propriamente de um **direito da criança**, devidamente estruturado e agasalhado pelo sistema. As decisões a respeito do modo de assegurar esta convivência ainda são confusas⁴ e contraditórias, tanto na lei, quanto na jurisprudência.

Vale lembrar a propósito a decisão proferida pelo STJ no emblemático Recurso Especial nº 757.411-MG, que negou indenização por dano moral ao filho que, apesar de ser pensionado, teria ficado privado do afeto, pelo desinteresse do pai em vê-lo. A decisão foi recebida pela comunidade jurídica com certo desalento⁵.

A nosso ver, no entanto, o fato de não ter sido concedida indenização por dano moral num caso concreto, não descarta, mas antes, convida, que a questão seja apreciada sobre outra ótica, que é a que pretendemos fazer aqui. A verdade é que os pedidos de indenização por dano moral, ainda que possam ser legítimos, pela lesão a um bem jurídico protegido, não

² - Além do artigo 227 prever o direito da criança à convivência familiar, o artigo 229 prevê o dever dos pais (genitores) de assistir criar e educar os filhos menores.

³ - Os direitos dos idosos e das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar só vieram a ser regulados quinze anos depois, *ex vi* das leis 10.741, 1º/10/2003 (Estatuto do Idoso) e 11.340/2006 (Lei Maria da Penha).

⁴ - O § 2º do artigo 1.584 do CC, na redação que lhe foi dada pela lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008, prevê que a guarda será compartilhada quando não houver acordo entre a mãe e o pai sobre a guarda, o que nos parece contraditório, pois a guarda compartilhada está vocacionada a atender os genitores com capacidade de vivê-la com alguma harmonia.

⁵ - Neste sentido a manifestação da Prof. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, disponível no site www.flaviotartuce.adv.br ou na obra Direito Civil, vol. V – Direito de Família, p. 30, ed. Método

deixam de ir no sentido contrário a uma nova configuração das relações familiares, que Pietro Perlingieri⁶, em feliz expressão, chamou de “despatrimonialização” do Direito Civil.

Temos a necessidade de enfrentar e apresentar soluções para novas questões que os tempos atuais reclamam. Num momento em que a liberdade individual tende a ganhar cada vez mais respeito do Poder Público⁷, é preciso modelar um sistema que privilegie a humanização, e possa harmonizar e compatibilizar o direito à convivência e o respeito às liberdades e garantias do cidadão.

II – Da insuficiência do direito e da tendência das normas morais se transformarem em normas jurídicas.

“ Os legisladores tornam bons os cidadãos por meio de hábitos que lhes inculcem. Este é o propósito de todo legislador, e quem não logra tal desiderato falha no desempenho de sua missão.”

Ética a Nicômaco, Livro II, cap. 1

A experiência tem demonstrado as inúmeras insuficiências do direito, sobretudo no campo da família, em face das aspirações e necessidades humanas. A produção legislativa está originalmente vocacionada a tornar os homens melhores⁸ e não para estabelecer regras mínimas de convivência entre as pessoas. Sua vocação primeira, de fomentar a realização do bem, vem cedendo espaço à outra construção, centrada num individualismo, que mal interpretado tende a um minimalismo. As relações humanas que deveriam pautar-se pela **amizade**, acabaram sendo reduzidas a um mero e burocrático **direito de visita**.

A afirmação feita por Vicente Rao⁹ há mais de cinquenta anos, da tendência de **moralização do direito**, mostrou-se absolutamente verdadeira: “ *Se em todos os tempos se proclamou que o Direito, ao se concretizar em normas obrigatórias, há de respeitar os princípios da Moral¹⁰, hoje mais do que nunca se acentua a tendência que as normas morais revelam no sentido de sua transformação em normas jurídicas: acentua-se, isto é, a tendência para a moralização do Direito.*”

⁶ - Perfis de Direito Civil - Introdução ao Direito Civil Constitucional, 2ª ed., p. 33, Renovar

⁷ - No HC 71.373-4/RS, o STF, por maioria, entendeu que o Estado não pode constranger alguém – pela força – a doar material genético para realização de exame de DNA. A recusa, no entanto, tem como efeito a presunção legal de paternidade.

⁸ - Vicente Rao é taxativo ao afirmar em várias oportunidades esta finalidade do direito, ao dizer que “*o direito tende à proteção e ao aperfeiçoamento do homem, do grupo social e da sociedade*”. In O Direito e a Vida dos Direitos, vol. I, páginas 27, 30 e 31

⁹ - Obra citada, p. 49.

¹⁰ - Como se vê, por exemplo, na necessidade dos atos jurídicos possuírem objeto lícito, de não se admitir o enriquecimento sem causa à custa do empobrecimento alheio, matéria hoje regulada pelos artigos 884 a 886 do CC/02, da proteção ao contratante mais fraco, do exercício abusivo de direitos.

O aprimoramento do direito necessita e depende cada vez mais dos influxos da ética – aqui entendida como a busca da excelência humana. O Professor Miguel Reale, em discurso proferido por ocasião da promulgação do Código Civil¹¹, destacou a valia da nova lei “*sobretudo em razão dos princípios de **eticidade**, socialidade e operabilidade que presidiram a sua elaboração.*”

Merece registro aqui também o estudo da Prof^a Regina Beatriz Tavares da Silva¹² que buscava a devida compreensão do conceito jurídico de **mútua assistência** para além dos **deveres** puramente **materiais**, para compreendê-los também em outra dimensão de **valorização do outro cônjuge como pessoa**, merecedora de consideração e respeito.

A dificuldade de aceitar os influxos da ética no direito – hoje superados com a existência de cláusulas abertas, tanto de natureza constitucional, como a **dignidade da pessoa humana**, quanto de natureza infraconstitucional, como a **boa fé objetiva**, apenas para citar dois exemplos – na ocasião em que aquele estudo se realizava era tão grande, que a doutrina não conseguia enxergar na assistência imaterial, algo além de socorro e amparo, de solidariedade nas enfermidades, infortúnios e dores.

O estudo teve o privilégio de inaugurar uma fase de reclamação da afetividade, como algo consentâneo e necessário às relações humanas - para dentro das relações de conjugalidade. É visível na obra citada o entrelaçamento ou os influxos éticos na verdadeira compreensão do conceito jurídico, conforme se vê da seguinte passagem:

“ O dever de mútua assistência imaterial baseia-se na **afeição** que se presume existir entre os cônjuges, motivo pelo qual, à primeira vista, pode parecer impossível delimitar seu conteúdo e torna-lo exigível juridicamente. Realmente o amor ou afeição conjugal não é um dever jurídico, não cabendo à lei impor esse sentimento aos cônjuges. Assim, os componentes espirituais da assistência imaterial, geram a falsa noção de que ela seja um dever mais moral do que propriamente jurídico, razão pela qual é tida como um dever vago e de difícil sancionamento legal.”

Voltando ao objeto de nosso estudo, podemos dizer que a **amizade**, embora estudada com profundidade na ética Aristotélica, não chega a constituir-se em tema exclusivamente ético, mas guarda forte proximidade com o **direito à convivência**, de índole constitucional. O direito à convivência familiar, por sua vez, é que deverá ser parâmetro para definição da guarda, a fim de que, através dele se desenvolva uma verdadeira amizade entre genitores e filhos.

III – Algumas considerações sobre a Amizade no Direito de Família

“Para que o direito exista é preciso uma certa espécie de amizade”. Michel Villey. Filosofia do Direito, p. 82

¹¹ - A íntegra do discurso está disponível no site: www.miguelreale.com.br

¹² - – O dever de assistência imaterial entre os cônjuges, Forense Universitária, 1990

A amizade, tantas vezes referida ao longo da história¹³, não é algo que deva ser estudado apenas como tema de interesse cultural, literário ou antropológico¹⁴, mas também deveria interessar mais ao mundo do direito. Ao contrário do que sucede com o **cuidado** e com o **afeto**, que tem recebido razoável atenção da doutrina¹⁵ nacional, a **amizade**, em que pese sua importância, praticamente não tem sido considerada pelos estudiosos do Direito de Família. Michel Villey¹⁶ destaca a importância deste estudo, embora ele mesmo, não tenha desenvolvido o tema.

Com efeito, o estudo e a compreensão do que seja a **amizade** pode ajudar o profissional do direito a compreender melhor as intrincadas relações que se desenvolvem no seio familiar, bem como a origem, o desenvolvimento e as crises nas relações de conjugalidade e parentalidade. Podemos citar, a título de exemplo, a dificuldade da doutrina e da jurisprudência em analisar a validade das provas obtidas no âmbito das relações conjugais¹⁷, diante do texto do artigo 5º, inciso XII da CR/88 e da lei 9.296, de 24-7-1996.

As crises conjugais, via de regra, também estão fortemente ligadas a um distanciamento dos laços de amizade, a ausência de compartilhamento de coisas comuns pelo diálogo. Também a qualidade das relações entre pais e filhos pode ser medida pelo grau de amizade que sejam capazes de estabelecer.

O ser humano necessita de relações de amizade para realizar seu projeto pessoal de felicidade. No entanto, quando estas não são alimentadas pelo diálogo, tendem a fragilizar-se, ainda que entre integrantes de um mesmo grupo familiar. Diante desta carência, é natural que se busque compensação em outras fontes, surgindo daí um processo de desgaste das relações familiares e o surgimento de toda sorte de crises, que afetam todos os seus membros.

Mas o que é propriamente a amizade? Que espécie de solidariedade ela é capaz de gerar? Poderá ela ser vivida nas relações de parentalidade e conjugalidade? Poderá ser imposta para atender o direito de convivência familiar?

¹³ - Ver a propósito A AMIZADE, de Marco Túlio Cícero, L&PM, tradução de Paulo Neves. Os livros VIII e IX da Ética a Nicômaco, de Aristóteles. Há várias passagens bíblicas que reforçam o valor da amizade, *ex vi*, dos livros do Eclesiástico VI, 14-17; 1 Samuel XVII; Jo XV, 12-15 e outros.

¹⁴ - A propósito do tema FUNDAMENTOS DE ANTROPOLOGIA, de Ricardo Yeppes Stork, EUNSA, p. 153

¹⁵ - A AASP, publicou em 2008 uma Revista nº 101, com o título "Direitos fundamentais da Criança e do Adolescente: o **cuidado**, com sete artigos, e o IBDFAM publicou em 2004 os Anais do Congresso de Direito de Família cujo tema era **AFETO**, ÉTICA e FAMÍLIA no Novo Código Civil, editora Del Rey

¹⁶ - Textualmente: Uma das análises de Aristóteles que mais interessam para a filosofia do direito é a que ele consagra à palavra amizade (*philia*, livros VIII e IX). Nossos sociólogos estão descobrindo este campo de pesquisa, abandonado pela ciência moderna individualista. (Filosofia do Direito, p. 81).

¹⁷ - Seria mesmo possível falar em violação de privacidade e intimidade entre pessoas que decidiram estabelecer uma comunhão plena de vida? Ver a propósito José Carlos Barbosa Moreira (RBDP 43/137), Yussef Said Cahali (Divórcio e Separação, 11ª edição, p. 620/652) e Lourival Serejo, IOB-Thomson, 2004.

III – A amizade em Aristóteles e o mundo da intimidade

“ A amizade não é senão uma unanimidade em todas as coisas, divinas e humanas, acompanhadas de afeto e benevolência.” Cícero, Tratado sobre a Amizade, p. 85

A **amizade** é uma **virtude** pela qual, através do compartilhamento de **coisas íntimas**, se criam laços de **solidariedade** (afetiva ou imaterial) entre as pessoas (não necessariamente ligadas por vínculos de parentesco), capazes de despertar o interesse pelas coisas um do outro, gerando uma **confiança** mútua.

Conceituar a amizade como **virtude**, implica dizer, em primeiro lugar, que ela é um **bem**¹⁸, como todas as demais virtudes, instrumento de realização do projeto pessoal de felicidade, que é universal e atemporal. Para Yeppes¹⁹, a amizade tem entranhas de *benevolência*, isto é, ela quer (*volens*) e deseja o bem (*bene*) do outro, uma benevolência recíproca e dialogada de forma habitual, contínua. As pequenas interrupções, que só aumentam o desejo de voltar a preencher o espaço vazio.

Significa dizer também que, como virtude, ela **tende a crescer**, uma vez que as virtudes nascem e sobretudo crescem pela prática reiterada, algo que vai além do mero fazer mecânico, do hábito. E finalmente, significa dizer que, sobretudo no início, ela **custa, exige algum sacrifício** de quem a pratica.

O diálogo de que a amizade se nutre é caracterizado pelo compartilhar²⁰ de intimidades. Quanto maior for o grau de profundidade de intimidades, maior é a própria amizade. Todos temos alguma experiência disto. É comum que todas as amizades comecem pelo compartilhamento de coisas superficiais, mas com a convivência, é natural este abrir-se, este aprofundar-se na intimidade.

A **intimidade**, por sua vez, é um mundo interior, o santuário do ser humano, o lugar privilegiado onde se encontra o tesouro da individualidade. Por isto só as pessoas autorizadas podem nele ingressar. O íntimo é algo tão central ao homem que existe um sentimento natural que o protege: a vergonha e o pudor.²¹ Em razão disto, é comum que pessoas postas em situação de *convivência forçada*, ainda que ligados por laços de parentesco, tenham alguma dificuldade no desenvolvimento de relações de verdadeira amizade, pois este mundo interior só é aberto a quem mereça confiança para nele adentrar.

¹⁸ - Muito embora o conceito de **bem** possa variar de acordo com as diversas correntes filosóficas (materialistas, pragmatistas, utilitaristas, etc), neste trabalho tomaremos a palavra **bem** para designar tudo aquilo que concorre para a realização plena do ser, segundo a sua natureza.

¹⁹ - Fundamentos, p. 153

²⁰ - (...) a lembrança de nossa amizade me dá tanto prazer que tenho o sentimento de ter vivido feliz, pois vivi na companhia de Cipião, juntos nos preocupamos ao mesmo tempo com os assuntos públicos e privados; juntos compartilhamos a vida familiar e a vida militar, e aí reside toda a força da amizade, a mais nobre cumplicidade no plano das escolhas, dos interesses, das idéias. In Cícero, Tratado sobre a Amizade, p. 81

²¹ - Fundamentos, p. 64

Esclarece Yepes²² que “ la vergüenza o pudor es el sentimiento que surge cuando vemos descubierta nuestra intimidad sin nosotros quererlo. Lo íntimo se confía a las personas que están en mi intimidad, pero no a todo el mundo. (...) Y la vergüenza no aparece por hacer algo *malo*, sino porque se publica algo que por definición no es público. (...) Del mismo modo resulta molesto que entre otro y mire lo que estamos escribiendo; nuestros pensamientos más hondos no lo revelamos a cualquiera, sino que exigimos cierta *confianza*, es decir, mundo compartido, intimidad común expresada por un ‘tu se me puedes entender’ ”.

Como vemos, este mundo interior da intimidade é muito vasto, pois compreende, em regra, toda a história pessoal, os medos, os sonhos, as convicções (políticas, religiosas, ideológicas) os projetos (de vida pessoal, profissional, social, etc), as inclinações, as aptidões, os *hobbies*, o próprio corpo, abrangendo também as anotações, as correspondências, as imagens pessoais, a própria casa, o espaço de convivência pessoal e familiar ou comunitário.

Uma vez que este mundo interior vai sendo progressivamente compartilhado, que estão sendo abertas todas as portas deste santuário, é possível chegar-se ao seu núcleo, ao seu ápice, que é a intimidade corporal, o compartilhamento dos próprios corpos, como se dá nas relações de conjugalidade. Não é por outra razão que Aristóteles²³ diz que “o amigo é um outro eu” e que nas relações de conjugalidade se enfeixam de maneira harmônica a utilidade, o prazer e a virtude própria:

“Entre marido e mulher a amizade parece existir por natureza, pois a espécie humana se inclina naturalmente a formar casais – mais do que a formar cidades, já que a família é anterior à cidade e mais necessária do que esta, e a reprodução é comum aos homens e aos animais. Entre os animais a união vai apenas até esse ponto, mas **os seres humanos vivem juntos não só para reproduzir-se, senão também para os vários propósitos da vida**. E desde o começo, são divididas as funções, diferindo entre si as do homem e as da mulher, e ajudam eles um ao outro fazendo capital comum de seus dotes individuais. Por tais motivos tanto a **utilidade** quanto o **prazer** parecem ser encontrados nessa espécie de amizade. Pode ela no entanto basear-se na **virtude própria**, e ambas se deileitam nisso. E os filhos constituem um laço de união (motivo pelo qual os casais sem filhos separam-se mais facilmente); porquanto os filhos são um bem comum a ambos, e o que ambos possuem em comum os conserva unidos.²⁴”

²² - Idem

²³ - Ética, p. 404

²⁴ - Aristóteles considera que a amizade pode fundar-se no **interesse/utilidade**, no **prazer** ou ainda na **própria pessoa**. Somente esta última poderia ser vista como a verdadeira amizade. Textualmente: “ (...) os que amam por causa de sua *utilidade* não se amam por si mesmos, mas em virtude de algum bem que receberam do outro, do que é bom para eles mesmos, e os que amam por causa do *prazer*, amam em virtude do que é agradável a eles, e não na medida em que o outro é a pessoa amada, mas na medida em que é útil ou agradável. (...) A amizade perfeita é a dos homens que são bons e afins na virtude, pois esses desejam igualmente bem um ao outro enquanto bons, e são bons *em si mesmos*. (p. 381)

A importância do mundo interior da intimidade tem levado os ordenamentos jurídicos da maioria dos países a assegurar a proteção contra sua violação, seja por inseri-los no catálogo dos direitos fundamentais, seja por inseri-los no catálogo dos direitos da personalidade²⁵.

É freqüente que os namorados, antes tenham sido amigos, que tenham compartilhado experiências e confidências. Nas palavras de Cícero²⁶: *“Que há de mais agradável que ter alguém a quem se ousa contar tudo como a si mesmo? De que seria feita a graça tão intensa de nossos sucessos, sem um ser para se alegrar com eles como a nós? E em relação a nossos reveses, seriam mais difíceis de suportar sem essa pessoa, para quem eles ainda são mais penosos do que a nós mesmos.”*

O namoro sem amizade não se compreende. Ao contrário, a amizade entre homem e mulher tende primeiro ao namoro, depois para uma união mais duradoura e tende para uma exclusividade. Frequentes vezes, o surgimento de amizades fora da conjugalidade, tende a promover crises, pois a amizade é que sustenta a sexualidade e não o contrário. Nas palavras textuais de Aristóteles²⁷ *“não se pode ser amigo de muitas pessoas no sentido de ter com elas uma amizade perfeita, assim como não se pode amar muitas pessoas ao mesmo tempo (pois o amor é, de certo modo, um excesso de sentimento e está na sua natureza dirigir-se a uma pessoa só).”*

A convivência, *ainda que não desejada inicialmente*, cria as condições para o desenvolvimento de amizades. Os primeiros contatos são sempre superficiais, falam-se de amenidades. As oportunidades de convivência permitem que nos demos a conhecer. Os amigos tendem a compartilhar as coisas que gostam, por isto querem sempre dialogar.

Este compartilhamento de intimidades cria um laço de **solidariedade imaterial ou afetiva** de tal modo que as alegrias e tristezas de um, são também do outro. A amizade é capaz de enfeixar o que há de melhor entre os homens. Permite construir **confiança**, a convicção de que se é compreendido pelo outro.

Para Aristóteles, além de todas estas qualidades que a amizade traz implícitas, nas relações paterno-filiais há um ingrediente adicional, que decorre do fato dos pais considerarem os filhos como parte de si mesmos²⁸. Quanto aos filhos, estes somente tendem a amar os pais depois de certo tempo de convivência, quando vão adquirindo entendimento.²⁹

²⁵ - “Muitos dos direitos fundamentais são direitos da personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos da personalidade.” Canotilho, in Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7ª edição, Almedina, p. 396

²⁶ - Tratado, p. 87

²⁷ - Ética, p. 384-385

²⁸ - Textualmente: “a própria amizade dos familiares, embora seja de várias espécies, parece depender em todos os casos da amizade paterno-filial; porquanto os pais amam os filhos como partes de si mesmos, e os filhos amam os pais por serem algo que se originou deles.”

²⁹ - Idem, p. 392

Ora, sendo a amizade capaz de criar tão belos laços, voltados a ajudar as crianças no seu pleno desenvolvimento educacional, psíquico, moral, é necessário fomentar a esta convivência.

IV – Dificuldades e meios que se oferecem para fomentar a convivência

O desafio é descobrir como fomentar esta aproximação entre genitores e filhos se, via de regra, o genitor guardião, tende a criar obstáculos a esta convivência. Como vencer a resistência de alguns genitores que ainda não compreenderam a importância desta **convivência** para o desenvolvimento dos filhos? Como vencer as barreiras jurídicas, entre as quais aquela posta pelo STF no julgamento do HC 71.373-4/RS, que ao lado de outras garantias individuais contra ordens judiciais, assentou a impossibilidade de execução específica e direta de obrigação de fazer³⁰? A Constituição atribuiu à **família, à sociedade e ao Estado** o dever de assegurar à criança e ao adolescente o direito à convivência familiar.

O Estado aqui, naturalmente não significa apenas o Poder Judiciário, mas um conjunto articulado de ações da União, dos Estados e Municípios, capazes de atingir este fim, como é o caso, das campanhas educativas de âmbito nacional, a inserção nos currículos escolares, a promoção de programas educacionais que disseminem valores éticos, como fez a lei Maria da Penha³¹, ao prever no artigo 8º as políticas públicas para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

³⁰ - O acórdão ficou assim ementado: “ INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - EXAME DNA - CONDUÇÃO DO RÉU "DEBAIXO DE VARA". Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas - **preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer** - provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, "debaixo de vara", para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos

³¹ - A Lei 11.340/2006 é a nosso sentir uma das mais modernas e avançadas leis promulgadas até hoje, exatamente pelo fato de instituir medidas integradas de prevenção. Por meio deste artigo é possível compreender melhor os mecanismos de ação do Estado (os destaques são nossos):

Art. 8o A política pública que visa coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher far-se-á por meio de um **conjunto articulado de ações da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios** e de ações não-governamentais, tendo por diretrizes:

I - a integração operacional do **Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública** com as áreas de segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação;

III - o respeito, nos meios de comunicação social, dos valores éticos e sociais da pessoa e da família, de forma a coibir os papéis estereotipados que legitimem ou exacerbem a violência doméstica e familiar, de acordo com o estabelecido no inciso III do art. 1o, no inciso IV do art. 3o e no inciso IV do art. 221 da Constituição Federal;

Não obstante, no momento de regular a guarda em processos judiciais deverá o magistrado esclarecer os genitores do seu **dever** de facilitar a convivência com os filhos, conforme já proclamou o STJ (RT 847/179)³², podendo ser fixada multa pelo descumprimento³³, com supedâneo no artigo 461, 3º do CPC, sem prejuízo de eventual majoração³⁴ se aquela não atingir sua finalidade. A fixação de multa pelo descumprimento deste dever está se tornando freqüente nos Tribunais, *ex vi* do seguinte julgado:

“ Processo civil. Agravo. Nulidade do despacho. Inexistência. Direito de visita. Cominação de multa pelo impedimento do direito de visita. Trazendo em si os elementos necessários à sua validade, basta, no despacho provisório, o juiz expor as razões de seu convencimento. O direito de visita é inerente ao pai ou à mãe que não detém a guarda dos filhos, conforme disposição do artigo 1.589 do CC. Em caso de impedimento, pela genitora, do direito de visita concedido ao pai, necessária a cominação da multa.” (TJMG, Ag. 014124-0, rel. Des. José Domingos Ferreira Esteves, DJEMG 20/11/2007)

Este esclarecimento deve abranger também o significado do que seja o **fenômeno da exclusão parental**³⁵, prática infelizmente ainda muito arraigada, na qual um dos genitores, consciente ou inconscientemente, acaba denegrindo a imagem do outro genitor e até de membros da família, de modo a dificultar sua aceitação pela criança. *De lege ferenda*, o artigo 2º do PL 4.503/2008, conceitua alienação parental como "a inteferência na formação psicológica da criança ou adolescente, promovida ou induzida por um dos genitores, pelos

V - a promoção e a **realização de campanhas educativas** de prevenção da violência doméstica e familiar contra a mulher, **voltadas ao público escolar e à sociedade em geral, e a difusão desta Lei e dos instrumentos de proteção aos direitos humanos das mulheres;**

VIII - a **promoção de programas educacionais que disseminem valores éticos** de irrestrito respeito à dignidade da pessoa humana com a perspectiva de gênero e de raça ou etnia;

IX - o **destaque, nos currículos escolares de todos os níveis de ensino, para os conteúdos relativos aos direitos humanos**, à equidade de gênero e de raça ou etnia e ao problema da violência doméstica e familiar contra a mulher.

³² - RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. ACORDO HOMOLOGADO. DESCUMPRIMENTO. EXECUÇÃO. CABIMENTO.

1 - No campo das visitas, o **guardião do menor é devedor de uma obrigação de fazer, ou seja, tem o dever de facilitar a convivência do filho com o visitante nos dias previamente estipulados, devendo se abster de criar obstáculos para o cumprimento do que fora determinado em sentença ou fixado no acordo.**

2 - A transação, devidamente homologada em juízo, equipara-se ao julgamento do mérito da lide e tem valor de sentença, dando lugar, em caso de descumprimento, à execução da obrigação de fazer, podendo o juiz inclusive fixar multa a ser paga pelo guardião renitente.

3 - Recurso especial conhecido e provido a fim de determinar o retorno dos autos ao juízo de primeiro grau para regular prosseguimento.

RESP 701.872/DF, Rel. min. Fernando Gonçalves, 4ª Turma, v. u., DJ 01/02/2006

³³ - AI 439.448-4/5-00, 5ª Câmara, rel. Des. Francisco Casconi, j. 17/05/2006; TJPB – AI nº 2008.3.005692-9 da 2ª Câmara, rel. Desª Dahil Paraense de Souza, j. 16/02/2009

³⁴ - TJSP – AI nº 565.507.4/0-00 da 4ª Câmara de Dir. Privado, rel. Des. Teixeira Leite, j. 14/08/2008, elevando a multa inicialmente fixada em R\$10,00 por dia, para R\$300,00 para a hipótese de descumprimento da obrigação.

³⁵ - Embora o termo mais conhecido seja **SAP – Síndrome da Alienação Parental**, cunhado pelo psiquiatra norte-americano Richard Gardner, há consistentes críticas da Profª Gisele C. Groeninga, em artigo publicado com o título O FENOMENO DA ALIENAÇÃO PARENTAL, p. 117-139, in DIREITO DE FAMÍLIA – PROCESSO, TEORIA E PRÁTICA, coord. Rolf Madaleno e Rodrigo da Cunha Pereira, ed. Forense.

avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para que repudie genitor ou cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção dos vínculos com este."

Referido Projeto de Lei sinaliza também, no artigo 7º, a preferência da guarda ao genitor que melhor viabilize a convivência da criança ou do adolescente com o outro genitor, de modo a estimular a convivência.

Já a resistência do genitor não-guardião em conviver com a criança, por ser mais complexa, deve ser enfrentada, **em princípio**, com outros instrumentos, como a **mediação interdisciplinar**, a fim de buscar compreender as motivações da recusa, fora dos estreitos limites de informação que os autos de um processo oferece. Este é exatamente um dos traços da pós-modernidade: o diálogo e a interação com outras ciências.

Com efeito, é preciso não ficar preso apenas aos padrões que sempre nortearam a ação dos operadores do direito - a saber, do *processo como instrumento de sanção* - para tentar encontrar novas formas, mais humanas, mais eficazes, por meio do diálogo com outras ciências. Neste sentido, andou bem o legislador ao prever no § 3º do artigo 1.584 do CC - na redação dada pela lei 11.698, de 13 de junho de 2.008 - que o Juiz se sirva de equipe interdisciplinar para obter orientação técnico-profissional que o capacite definir períodos de convivência.

Com efeito, o processo em si, se vale de uma técnica que pode ser chamada não só de adversarial, mas alienadora do outro. Nas peças processuais são relatados tão somente os fatos negativos, as falhas, os erros, pondo em destaque as negligências, as omissões, as culpas do outro. Não há espaço para afirmações positivas. Como observa Carla Aguiar³⁶, a busca de soluções pacíficas e dialogadas para os problemas humanos, como é o caso da mediação, obedece ao comando Constitucional, e se ajusta melhor à dignidade da pessoa humana, sendo forma eficiente de justiça restaurativa, própria e adequada às relações familiares.

No entanto, sendo necessário o ajuizamento de ação de obrigação de fazer (conviver com os filhos) iniciada pelo genitor guardião ou pelo Ministério Público³⁷, deverá ela buscar a conscientização do genitor omissor, sobre a importância da convivência familiar como meio de desenvolvimento da criança ou adolescente.

Não se descarta aqui, porém, em caráter subsidiário, o uso de outros instrumentos coercitivos³⁸ nos casos de resistência injustificada, que poderá e deverá ser vencida, até que

³⁶ - Mediação e Justiça Restaurativa - A humanização do sistema processual como forma de realização dos princípios constitucionais, 2009

³⁷ - Considerando que o direito à convivência é direito da criança (RESP 701.872/DF, Rel. min. Fernando Gonçalves, 4ª Turma, v. u., DJ 01/02/2006), entendemos que também o genitor guardião deverá figurar no polo passivo desta ação, uma vez que também ele tinha a obrigação de fomentar esta convivência.

³⁸ - Há notícia de decisão judicial proferida pelo Juiz Duarte Neto da 3ª Vara da Família de Ribeirão Preto, obrigando o pai a visitar sua filha a cada 15 dias, sob pena de pagar multa de R\$75,00. No entender do Juiz, a

uma nova ordem cultural seja definitivamente consolidada neste domínio. Além disto, como vimos anteriormente, a prática das virtudes, sempre exigem algum esforço, que o tempo tende a superar com a própria convivência.

Diante do desinteresse do genitor não-guardião pela convivência e da omissão do guardião, legitima-se a ação do Ministério Público³⁹, na mesma linha do que ocorre com a investigação de paternidade⁴⁰.

Assim, da mesma forma que foram criados instrumentos legais e mecanismos institucionais de proteção à identidade, à assistência material, ao nome, ao conhecimento da própria origem, que se obtém pela ação de investigação de paternidade, independentemente do

visita é estabelecida em nome do direito da criança ao convívio familiar (Revista Consultor Jurídico de 28 de abril de 2.007)

³⁹ - RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AJUIZAR AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. FILIAÇÃO. DIREITO INDISPONÍVEL. INEXISTÊNCIA DE DEFENSORIA PÚBLICA NO ESTADO DE SÃO PAULO. 1. A Constituição Federal adota a família como base da sociedade a ela conferindo proteção do Estado. Assegurar à criança o direito à dignidade, ao respeito e à **convivência familiar** pressupõe reconhecer seu legítimo direito de saber a verdade sobre sua paternidade, decorrência lógica do direito à filiação (CF, artigos 226, §§ 3o, 4o, 5o e 7o; 227, § 6o). 2. **A Carta Federal outorgou ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses individuais indisponíveis, podendo, para tanto, exercer outras atribuições prescritas em lei, desde que compatível com sua finalidade institucional** (CF, artigos 127 e 129). 3. O direito ao nome insere-se no conceito de dignidade da pessoa humana e traduz a sua identidade, a origem de sua ancestralidade, o reconhecimento da família, razão pela qual o estado de filiação é direito indisponível, em função do bem comum maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria (Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 27). 4. A Lei 8.560/92 expressamente assegurou ao *Parquet*, desde que provocado pelo interessado e diante de evidências positivas, a possibilidade de intentar a ação de investigação de paternidade, legitimação essa decorrente da proteção constitucional conferida à família e à criança, bem como da indisponibilidade legalmente atribuída ao reconhecimento do estado de filiação. Dele decorrem direitos da personalidade e de caráter patrimonial que determinam e justificam a necessária atuação do Ministério Público para assegurar a sua efetividade, sempre em defesa da criança, na hipótese de não reconhecimento voluntário da paternidade ou recusa do suposto pai. 5. O direito à intimidade não pode consagrar a irresponsabilidade paterna, de forma a inviabilizar a imposição ao pai biológico dos deveres resultantes de uma conduta volitiva e passível de gerar vínculos familiares. Essa garantia encontra limite no direito da criança e do Estado em ver reconhecida, se for o caso, a paternidade. 6. O princípio da necessária intervenção do advogado não é absoluto (CF, artigo 133), dado que a Carta Federal faculta a possibilidade excepcional da lei outorgar o *jus postulandi* a outras pessoas. Ademais, a substituição processual extraordinária do Ministério Público é legítima (CF, artigo 129; CPC, artigo 81; Lei 8560/92, artigo 2o, § 4o) e socialmente relevante na defesa dos economicamente pobres, especialmente pela precariedade da assistência jurídica prestada pelas defensorias públicas. 7. Caráter personalíssimo do direito assegurado pela iniciativa da mãe em procurar o Ministério Público visando a propositura da ação. Legitimação excepcional que depende de provocação por quem de direito, como ocorreu no caso concreto. Recurso extraordinário conhecido e provido. (STF, RE 248869, 2ª T., Rel. Min. Maurício Correa, j. 07/08/03, DJ 12/03/2004)

⁴⁰ - Ainda hoje, passados mais de quinze anos da lei 8.560, de 29.12.1992, muitas mães se omitem em buscar este reconhecimento em favor de seus filhos, fruto da rejeição e abandono que tiveram na relação amorosa. Ante o exagerado número de crianças que ainda permanecem sem o reconhecimento de paternidade, em que pese a existência de inúmeros mutirões de reconhecimento de paternidade pelo país, a socióloga e professora da UNB Ana Liési Thurler, coordenadora do projeto Paternidade e Cidadania nas Escolas, sugere a “adoção da presunção de veracidade da palavra da mulher” no ato do registro, medida que já vigora em outros países, como o Peru, destacando como valor constitucional o direito de toda pessoa à identidade. In <http://www.coeplibrazil.org.br/portal/publico/apresentarquivo.aspx?ID=1787>, consultado em 21/11/2009

estado civil⁴¹, agora o desafio passou a ser a busca de uma efetiva e saudável **convivência familiar**, que se estenda ao genitor não-guardião, para que através de uma relação de verdadeira amizade, preste o seu contributo pessoal para o pleno desenvolvimento da criança.

V – Conclusão

Em face das breves considerações que fizemos acima, podemos concluir que a **convivência familiar** é um **direito da criança**, que tem por fundamento o estabelecimento de uma **relação de amizade**, na qual haja um compartilhamento de intimidades, entre a criança e seus genitores, independentemente das relações de parentalidade, voltada a criar uma relação de mútua confiança, laços de solidariedade afetiva e interesse pelas coisas comuns. Só assim se alcançará um processo educacional completo, com a assimilação de valores familiares, éticos, culturais, religiosos, todos necessárias ao pleno desenvolvimento.

⁴¹ - O artigo 358 do Código Civil de 1916, proibia expressamente o reconhecimento de filhos adulterinos ou incestuosos. Situação bizarra ocorrido nestes idos, era da mãe separada de fato, não conseguir registrar a criança recém nascida em seu nome, contrariando o adágio romano de que "*mater semper certa est*", hipótese que passou a ensejar, a partir da CR/88 e da lei 7.841, de 17.10.89 que revogou o artigo 358, o ajuizamento de ações de investigação de maternidade. A propósito do tema ver Apelação Cível nº 223.598-1/8, da 3ª Câmara do TJS, rel. Ênio Zuliani, j. 4.4.95 com a seguinte ementa: "Manifesto o interesse de agir da mãe da criança registrada apenas em nome do pai, por impedimento legal, para obter, na impossibilidade de reconhecimento voluntário, a declaração judicial da maternidade."