

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO
CAMPUS SOLEDADE

Amanda Brunetto

CONTORNOS JURÍDICOS DO ABUSO DO DIREITO DE
GUARDA E DE VISITAÇÃO NO ÂMBITO FAMILIAR

Soledade
2010

Amanda Brunetto

CONTORNOS JURÍDICOS DO ABUSO DO DIREITO DE GUARDA E DE
VISITAÇÃO NO ÂMBITO FAMILIAR

Monografia apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob orientação da professora Ms. Cristiane Beuren Vasconcelos.

Soledade
2010

Aos meus pais, Peluiz e Vilma, seres humanos
incomparáveis, que me concedem “asas” para
voar longe e alcançar meus objetivos mais
distantes.

A eles, minha eterna gratidão!

AGRADECIMENTOS

Agradeço a minha família, Peluiz, Vilma, Vanessa, Marcelo, Fernando e Andreila, pela compreensão dispensada no período da elaboração da pesquisa, e ao pequeno Vicente por ter me tornado mais feliz desde a sua chegada.

Agradeço ao meu namorado Marcio, pelo apoio incondicional e por fazer de mim o que eu mais gosto de ser: nós.

Agradeço a minha querida professora orientadora Cristiane, pela segura orientação recebida no desenvolver do trabalho, bem como no decorrer de minha vida acadêmica.
Muito obrigada!

RESUMO

O presente trabalho monográfico versa sobre a constatação do instituto do abuso do direito no direito de família, mais precisamente nas relações de guarda e visitação, haja vista constituir terreno fértil para o cometimento de excessos por partes dos genitores e demais familiares no gozo de suas prerrogativas. Ao ultrapassarem os limites da boa-fé objetiva e da finalidade social da norma, os familiares incidem em abuso do direito, causando por consequência inúmeros transtornos ao infante. Esses excessos repercutem em sequelas e abalos emocionais, que impedem a perfeita formação social, pessoal e psicológica do menor. Assim, o marco teórico da presente pesquisa será o princípio constitucional garantidor do melhor interesse da criança e adolescentes e sua proteção integral. Constatando-se de forma objetiva que o familiar abusa do seu direito de guarda ou visitação, pertinente se faz a imputação de sanção ao abusivo como forma de punir, reparar ou estancar os abusos, eis que prejudicam ao infante, o maior lesionado pelos excessos ocorridos. Portanto, é pertinente a devida reparação dos danos ocasionados aos menores, observando-se a legislação vigente. Entretanto, por versar sobre direito de família, percebe-se a não mecanização das sanções, visto que devem ser adequadas ao caso concreto pelo magistrado, em conformidade com o juízo de equidade. Ainda, visualiza-se a possibilidade de formas alternativas de tratamentos de conflitos familiares, métodos que da mesma forma se aplicam ao presente estudo, como o instituto da mediação e da interdisciplinaridade.

Palavras-chave: Abuso do direito. Direito de convivência. Exercício da guarda. Juízo de equidade. Melhor interesse do infante. Reparação civil.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 ABUSO DO DIREITO: PARA UMA DELIMITAÇÃO DO INSTITUTO	8
1.1 Noções sobre o exercício do Direito subjetivo	8
1.2 A positivação do abuso do direito.....	14
1.3 Aplicabilidade no direito de família	24
2 PRERROGATIVAS CONFERIDAS AOS GENITORES E DEMAIS PARENTES NO INSTITUTO DA GUARDA E A IDENTIFICAÇÃO DOS ABUSOS	33
2.1 Exercício da guarda	33
2.2 Direitos e deveres conferidos aos parentes	42
2.3 A identificação dos abusos do direito de guarda e visitação	51
3 PREVENÇÃO OU REPRESSÃO: SANÇÕES CÍVEIS NO ÂMBITO DO DIREITO POSTO	65
3.1 Sanções de ordem econômica	67
3.2 Sanções de ordem familiar	76
3.3 Efetividade das medidas em sede de direito posto e pressuposto	86
CONCLUSÃO	97
REFERÊNCIAS	101

INTRODUÇÃO

O fim do relacionamento existente entre os genitores – casamento, união estável, relação concubinária ou namoro – se não abordado de forma responsável e madura, causa sérios transtornos à prole, haja vista por diversas vezes tornar-se o menor um mero instrumento de confronto, utilizado como meio de atingir e punir o ex-consorte. É nesse sentido que se constata os casos mais corriqueiros de abuso do direito de guarda e visitação no âmbito familiar.

Os excessos repercutem de forma negativa nos filhos, que são as maiores vítimas dos abusos cometidos, pois naturalmente não aceitam a separação dos pais, e nesses casos, ao invés de receberem carinho e atenção por estarem passando por um momento difícil, passam a ser manipulados ou são abandonados pelos genitores ou demais familiares, sofrendo danos irreparáveis e, geralmente, irreversíveis em sua formação.

Assim, o trabalho busca focar juridicamente os abusos de direito de guarda e visitação no âmbito familiar. Nos primeiros pontos do estudo discorre-se sobre a origem histórica e conceituação do instituto do abuso do direito, percorrendo o direito comparado e a legislação pátria enquanto embasadores de seu surgimento. Além disso, pesquisam-se as características e limites adotados pelo legislador quando tornou expressa a teoria no Código Civil de 2002.

Após o desenvolvimento dessas premissas básicas para a compreensão do tema, abordam-se os direitos e deveres concedidos aos familiares quando da fixação da guarda unilateral, estudando-se as prerrogativas concedidas ao guardião na gerência da vida do infante, bem como ao genitor visitante no seu direito de convivência, garantia estendida pela doutrina aos demais familiares. Ainda, disserta-se sobre os princípios constitucionais do melhor interesse do infante e sua proteção integral, princípio da convivência e princípio da afetividade, garantidores da perfeita formação social, psicológica e pessoal do infante.

Nesse sentido, dá-se seguimento à temática com a identificação de casos concretos em que o guardião e os demais familiares extrapolam seus direitos e incidem em abuso, utilizando-se a doutrina e a jurisprudência como forma de embasar o estudo por meio de exemplos. Após a constatação e explanação sobre casos de abuso do direito de guarda e visitação, tecem-se argumentos no que concerne às punições cíveis aplicáveis, englobando

as sanções de ordem econômica e as de ordem familiar, bem como métodos alternativos de resolução de conflitos familiares, como a interdisciplinaridade e a mediação.

A temática proposta versa sobre a presença do abuso do direito nas relações familiares de guarda e visitação, englobando a caracterização do instituto e a identificação de casos corriqueiros de excesso, bem como as possíveis punições a serem aplicadas como forma de punir, estancar ou remediar os excessos e as suas consequências.

O método de procedimento adotado neste trabalho consiste no bibliográfico, haja vista o desenvolvimento da pesquisa científica com base na doutrina jurídica e na legislação atual. E o método de abordagem utilizado é o dedutivo, visto que se trata de questão constatada e validada anteriormente por pesquisadores, partindo de premissa lógica, onde se faz uso da pesquisa para alcançar conclusões.

1 ABUSO DO DIREITO: PARA UMA DELIMITAÇÃO DO INSTITUTO

Neste primeiro capítulo, a título de conhecimento e localização do estudo, é mister o direcionamento da pesquisa para o direito subjetivo, desenvolvendo conceitos e finalidades sobre a faculdade de exercer o direito concebido pelo ordenamento jurídico. Dar-se-á, da mesma forma, enfoque ao exercício desta prerrogativa, compreendendo os institutos do exercício regular e abuso do direito, bem como do ato ilícito.

É necessária a distinção entre os institutos citados, tendo em vista que situa a pesquisa e engrandece o conhecimento, tornando a leitura mais compreensiva no decorrer dos capítulos. Após, será abordada a origem histórica e primeiras decisões alcançando o instituto do abuso do direito, *a priori* na legislação comparada e, posteriormente, na legislação pátria, sendo abrangido o Código Civil de 1916 e o *Codex* de 2002, ora vigente.

Por fim, dando ênfase à área escolhida, serão abordadas situações jurídicas familiares de aplicação da teoria do abuso do direito, lançando mão da jurisprudência inovadora como forma de embasar o estudo.

1.1 Noções sobre o exercício do Direito subjetivo

Para melhor compreensão do direito subjetivo e da faculdade concedida ao sujeito titular de um direito em exercê-lo, conceitua-se o direito objetivo, visto que a norma posta origina esta faculdade de gozar ou não da prerrogativa concedida.

A necessidade de regramento para a vida em sociedade, nos países influenciados pelo sistema positivista, originou o direito objetivo, que estabeleceu normas de caráter geral para ditar a maneira de agir do indivíduo. Assim, nas palavras de Sílvio de Salvo Venosa, “o direito objetivo é constituído por um conjunto de regras destinadas a reger um grupo social, cujo respeito é garantido pelo Estado (*norma agendi*)”. (2004, p. 30). (grifo do autor).

Observando esse sistema de regras comportamentais, percebe-se que as normas possuem como destinatários as pessoas que compõem a coletividade. Entretanto, como

bem indaga Miguel Reale, “como se situam os sujeitos em face do sistema de normas jurídicas? ou, por outras palavras, que é que cabe aos membros da comunidade perante as regras de direito e em razão delas?” (2002, p. 249). O doutrinador responde que compete aos indivíduos a quem a norma é dirigida o livre arbítrio de utilizar, pretender, agir com referência ao sistema de regras postas, ou, em outros termos, cada sujeito detém a prerrogativa subjetiva de exercer ou não do direito que a norma lhe atribuiu.

Compreende-se por direito subjetivo a faculdade atribuída ao indivíduo para exercício do poder de ação, sempre que o ordenamento jurídico proteja tal pretensão. Para Maria Helena Dinis, “é subjetivo porque as permissões, com base na norma jurídica e em face dos demais membros da sociedade, são próprias das pessoas que as possuem, podendo ser ou não usadas por ela”. (2010a, p. 10).

No mesmo sentido complementa Fábio Ulhoa Coelho sobre a possibilidade concedida ao agente de utilizar a norma jurídica caso seja sua pretensão:

Conceitua-se direito subjetivo como *faculdade de agir*. Trata-se de prerrogativa, assegurada pela ordem jurídica, de se comportar de uma forma específica, caso seja da vontade do titular do direito. Quem tem um direito subjetivo pode, na hipótese de a sua faculdade de agir ser obstruída ou prejudicada por outras pessoas, se quiser, acionar o aparato repressivo do Estado, com a finalidade de garantir o exercício do direito. (2003, p. 129). (grifo do autor).

Percebe-se que a *norma agendi* (direito objetivo) e a *facultas agendi* (direito subjetivo) complementam-se, tendo em vista que a faculdade nasce da norma. Na visão de Vicente Ráo, juntos, o direito objetivo e o direito subjetivo formam o próprio direito, e somente assim alcançam a ordem social, objetivo do regramento positivo. (1991, p. 479).

Entretanto, ao exercer o direito subjetivo, o titular poderá incorrer em três situações diversas: no exercício legítimo desse direito, no abuso do direito concedido ou em ato ilícito. Destaca-se que, à primeira vista, trata-se de diferentes institutos, porém com o desenvolver da pesquisa depara-se com parca e sinuosa alteração entre esses, tratando-se apenas de modificação no direcionamento dado pelo titular no exercício do direito subjetivo, verificando-se quando este obedece ou não os limites dispostos pela lei.

Para que se configure em legítimo desempenho de um direito subjetivo tem-se exigido do titular uma visão social sobre o seu direito, uma linha de conduta observando o

bem-estar de todos os indivíduos, não somente o benefício próprio. Deixando-se de lado o individual pelo social, considera-se em pleno exercício de um direito aquele que age amparado pelo direito objetivo e em harmonia com os valores éticos, morais, sociais, objetivados pelo legislador quando da elaboração da norma, exigindo uma postura que abrace a intenção do dispositivo legal.

O direito só poderá ser utilizado de forma legítima se em conformidade com a finalidade social para a qual foi desenvolvido, tendo em vista que o direito subjetivo e a prerrogativa concedida ao sujeito é social em sua origem, pois nasce do direito objetivo, que, por sua vez, busca a ordem social. Heloísa Carpena discorre sobre o exercício regular de um direito, bem como sobre a atitude tomada pelo titular para que configure legítimo desempenho de um direito: “Exercer legitimamente um direito não é apenas ater-se à sua estrutura formal, mas sim cumprir o fundamento axiológico-normativo que constitui este mesmo direito, e segundo o qual se irá aferir a validade do ato de exercício”. (2001, p. 72).

Percebe-se que, ao gozar das prerrogativas legais concedidas, observando o direito objetivo e os limites sociais abrangidos pelo legislador, está o agente no pleno exercício de seu direito, agindo em seu exercício regular. Além disso, com o apadrinhamento da teoria do abuso do direito pelo Código Civil vigente, que consolidou no artigo 187 os limites a serem observados para o exercício regular de um direito subjetivo, tornou-se clara a linha divisória entre o exercício legítimo e o irregular de um direito.

Nesse sentido, o dispositivo citado dispõe o fim econômico e social, a boa-fé e os bons costumes como elementos essenciais a serem observados na demarcação do exercício regular do direito subjetivo, reconhecendo o legislador, de forma objetiva, que ao ultrapassar essa linha o titular extrapola o seu direito. Logo, verificam-se no próprio artigo que estipula a teoria do abuso as características que diferenciam o exercício regular de um direito e o seu excesso, percebendo-se que o instituto citado enquadra-se, aparentemente, de acordo com o direito objetivo. Entretanto, ao agir de forma individual, o titular do direito subjetivo deixa de observar a coletividade e entra em descompasso com os valores sociais.

Carlos Roberto Gonçalves explica:

O abuso do direito ocorre quando o agente, atuando dentro dos limites da lei, deixa de considerar a finalidade social de seu direito subjetivo e exorbita, ao exercê-lo, causando prejuízo a outrem. Embora não haja, em geral, violação aos limites objetivos da lei, o agente desvia dos fins sociais a que se destina. (2010a, p. 506).

O abuso do direito configura-se num desvio do exercício regular do direito apenas pela direção tomada no exercício do seu direito subjetivo, tendo em vista que este prefere a finalidade individual às finalidades sociais do direito. Com propriedade, Heloísa Carpena, dispõe sobre os valores éticos/sociais que devem ser observados quando no exercício de um direito, tendo em vista que é por esse ângulo que se encontra a diferença entre o exercício legal e o abuso do direito.

Sua concepção está baseada na idéia de que o exercício dos direitos, além dos limites expressos na própria lei, deve estar condicionado a um paradigma de lealdade, de correção, á utilidade social, aprovada pelo senso comum. Estes limites – além dos quais o titular sai da esfera da legalidade para o campo do abuso – são dados por um elemento axiológico, que espelha valores sociais, hoje em grande parte constitucionalizados. (2001, p. 03).

A utilização de expressões genéricas, como exercício irregular, abuso, excesso, compreende a intenção do instituto em configurar que o agente age dentro dos limites objetivos da norma. Entretanto, desvia-se dos fins estipulados pelo legislador para aquela codificação e utiliza seu direito subjetivo em desconformidade com o social. Silvio Rodrigues pondera a respeito:

Acredito que a teoria atingiu seu pleno desenvolvimento com a concepção de Josseland, segundo o qual há abuso do direito quando ele não é exercido de acordo com a finalidade social para a qual foi conferido, pois, como dizia este jurista, os direitos são conferidos aos homens para serem usados de uma forma que se acomode ao interesse coletivo, obedecendo à sua finalidade, segundo o espírito da instituição. (1998, p. 314).

O abuso do direito não viola a lei; viola o espírito e a essência do preceito legal, manifestando-se no exercício irregular do direito subjetivo. Nesse sentido, visualiza-se que o comportamento daquele que exerce o abuso camufla-se no exercício regular do direito,

haja vista que não fere a estrutura formal da norma, pois a lesão é interna. Nesse sentido, Sérgio Cavalieri Filho expõe:

O fundamento principal do abuso do direito é impedir que o direito sirva como forma de opressão, evitar que o titular do direito utilize seu poder com finalidade distinta daquela a que se destina. O ato é formalmente legal, mas o titular do direito se desvia da finalidade da norma, transformando-o em ato substancialmente ilícito. E a realidade demonstra ser isso perfeitamente possível: a conduta está em harmonia com a letra da lei, mas em rota de colisão com os seus valores éticos, sociais e econômicos – enfim, em confronto com o conteúdo axiológico da norma legal. (2003, p. 160).

Ainda, nas palavras de Jorge Joaquín Llambías, “a liberdade que está adstrita ao exercício regular dos direitos, *no debe salirse de madre* não deve ser considerado como um fim absoluto, ao qual seja mister sacrificar inclusive o próprio homem, como o exigiam os ídolos fenícios. Se é legítimo o uso dos direitos, não se pode tolerar o seu abuso”. (1995, p. 21). (grifo do autor).

Percebendo-se a diferença entre o exercício regular e o abuso do direito pela condução reproduzida pelo titular no exercício ao seu direito subjetivo, visualiza-se se foi observada pelo titular a finalidade social, ou se a prerrogativa foi utilizada de forma egoísta, visando apenas ao benefício próprio. Nesse sentido é clara a exposição de Jorge Joaquín Llambías ao descrever a pessoa humana como fundamento essencial a ser observado no exercício dos direitos, tendo em vista que as intenções legais objetivam o bem comum:

[...] é mister distinguir o uso e o abuso dos direitos. Sem dúvida procede afirmar com forças dos direitos subjetivos porque do seu reconhecimento depende a dignidade da existência humana, vivida na plenitude da sua dimensão pessoal. Mas não é possível deixar que os direitos subjetivos se desentendam da justiça, ou se desviem do fim para o qual foram reconhecidos, e sejam utilizados, ao invés, como armas de agressão para subjugar ou explorar aos demais. (1995, p. 21).

Assim, visando clarear os institutos tratados, verifica-se que se situa em exercício regular de um direito o titular que, ao gozar da prerrogativa concedida, analisa o fim social empregado na norma e visa ao bem comum, utilizando o direito em consonância com a

intenção do legislador ao promulgar o preceito legal, gozando de seu direito de forma positiva, não dirigindo todos os poderes em exclusivo benefício próprio, mas visando à paz social.

Em contraponto, o abuso do direito caracteriza-se pelo excesso empregado na utilização do direito subjetivo, pois, embora amparado pelo ordenamento jurídico, ultrapassa a finalidade concentrada na norma. Desse modo, o direito objetivo, que visa ao bem comum, passa a ser utilizado de forma contrária à sua essência, sendo direcionado pelo titular de forma individual e egoísta.

Ressalta-se que, com a previsão expressa do instituto do abuso do direito pela legislação pátria, tornou-se objetiva a caracterização do excesso, tendo em vista a adoção de limites expressos para a configuração do instituto, o que, da mesma forma, serve como regra geral de comportamento, conforme se abordará no próximo título, quando se tratar da tipificação do instituto na legislação brasileira.

Da mesma sorte, afasta-se o abuso do direito do instituto do ato ilícito. Embora tenha sido inserido no artigo 187 o abuso do direito como uma modalidade de ilicitude, ambos possuem delimitações diferentes, tornando-se pertinente tecer conceitos e ponderações a respeito. Distanciam-se os institutos mencionados haja vista que para a configuração do ato ilícito necessária é a violação do ordenamento jurídico, ou seja, a conduta não está em conformidade com o direito objetivo.

Maria Helena Diniz conceitua o instituto do ato ilícito:

O ato ilícito (CC, art. 186) é praticado em desacordo com a ordem jurídica, violando direito subjetivo individual. Causa dano a outrem, criando o dever de reparar tal prejuízo (CC, arts. 927 e 944) seja ele moral ou patrimonial (Súmula 37 do STJ). Logo produz efeito jurídico, só que este não é desejado pelo agente, mas imposto pela lei. (2010a, p. 572).

O ato ilícito configura-se na violação do direito, ou seja, o titular age sem direito e, por consequência, ausente de prerrogativa legal, distinguindo-se do abuso, haja vista que o titular age em conformidade com a norma posta, entretanto excede seu direito subjetivo.

Silvio de Salvo Venosa concorda com o posicionamento distinto de ambos os institutos, descrevendo que o abuso do direito não caracteriza um ato ilícito e no caso de se

ultrapassarem limites, aplica-se sanção reparadora ao titular abusador. (2004, p. 627). Assim, consoante caracterização dada por Nelson Nery Junior o instituto do abuso do direito identifica-se como instituto autônomo (2006, p. 296), situando-se como elemento intermediário entre o exercício regular do direito e o ato ilícito, visto que se distancia destes conforme todo o exposto. Nessa senda, é necessária abordagem sobre o instituto do abuso do direito nos ordenamentos jurídicos comparado e brasileiro, tecendo conceitos e peculiaridades com o objetivo de verificar a aplicabilidade da teoria no âmbito familiar e, mais precisamente, na guarda, objeto do estudo.

1.2 A positivação do abuso do direito

Mister para o conhecimento e desenvolvimento do estudo a elaboração da pesquisa no que se refere às primeiras noções sobre a teoria do abuso do direito oriundas do direito romano pela teoria da *aemulatio*, que posteriormente evoluiu e se moldou, através da doutrina e jurisprudência francesa, no instituto do abuso do direito.

Procedente da ideia de limitação dos direitos subjetivos, o instituto do abuso do direito foi tipificado pela primeira vez no Código Civil alemão, sendo posteriormente aceito e codificado em diversos ordenamentos jurídicos, como o suíço, o português, o espanhol e o argentino.

O Brasil, com o Código Civil de 1916, influenciado pelo liberalismo do Código Civil francês, resguardou de forma implícita a teoria. Entretanto, com a promulgação do Código Civil de 2002, de caráter social, a norma ganhou contexto expreso, passando a ser observada como regra de conduta a ser seguida no exercício de qualquer direito. É importante discorrer sobre o caminho percorrido pelo instituto, passando pela fonte histórica até a situação atual, objetivando a elaboração de entendimento quanto aos objetivos que originaram o surgimento da teoria do abuso do direito.

A) No direito comparado

No direito romano vigoravam princípios que justificavam o exercício ilimitado dos direitos e que abonavam eventual excesso cometido, como *nullus videtur dolo facere qui iure suo utitur* - não se pode acusar de dolo a quem faz uso de seu direito - e *nemo damnum facit, nisi quid id facit, quod facere ius non habet* - não faz dano a outrem senão quem faz aquilo a que não tem direito. (GARCEZ NETO, 2000, p. 158).

No mesmo sentido, Carlos Roberto Gonçalves menciona outra norma que vigorava nos tempos remotos e que contribuiu para que o direito fosse utilizado de forma absoluta e ilimitada:

Entre os romanos havia um princípio – *Nemine laedit qui iure suo utitur* (aquele que age dentro de seu direito a ninguém prejudica) – de caráter individualista e que, durante muitos anos, foi utilizado como justificador dos excessos e abusos do direito. (2010a, p.506). (grifo do autor).

Entretanto, foi com o surgimento, no próprio direito romano, da *aemulatio*, teoria que visava coibir os atos praticados com a única intenção de prejudicar a outrem, que surgiram as primeiras noções sobre o instituto do abuso do direito. Entende Martinho Garcez Neto que “a teoria da *aemulatio* constituiu um embrião da doutrina do abuso do direito”. (2000, p. 164). (grifo do autor). Segue nessa linha o entendimento de Cristiano Chaves de Farias:

[...] a teoria do abuso do direito deita nítidas raízes no Direito Medieval, identificada nos atos emulativos (*aemulatio*), denominação emprestada àqueles atos praticados pelos proprietários ou vizinhos com o objetivo primordial de prejudicar a terceiros. (2010, p. 200). (grifo do autor).

A *aemulatio* visava coibir ações praticadas com a única intenção de causar dano a outrem e serviu como forma de limitação ao exercício de direitos nos tempos primórdios. Entretanto, de característica subjetiva, deveria restar comprovada a intenção de causar o malefício ao terceiro.

Embora a teoria da *aemulatio* e o instituto do abuso do direito surjam em situações diferentes, observam o mesmo fim: colocar limites ao exercício dos direitos subjetivos. A *aemulatio* derivava da ideia de dolo e surgiu com a finalidade de evitar um direito exercido com o objetivo de prejudicar a terceiros, haja vista que no direito romano, como anteriormente mencionado, os direitos eram absolutos. Foi seguindo essa linha de pensamento, de impor limite à utilização do direito, que surgem no direito francês o instituto que demarca a utilização dos direitos subjetivos.

Assim, nasceu na França, em meados do século XIX, o instituto do abuso do direito, fruto de estudos doutrinários e jurisprudenciais que objetivavam limitar os direitos subjetivos absolutos empregados pelo Estado liberal após a Revolução Francesa. (SOUZA, 2005, p. 27).

Sérgio Cavaliéri Filho, ao expor de forma resumida sobre a origem da teoria do abuso do direito, utilizada como forma de limitação à posição absoluta dos direitos subjetivos e ao espírito individualista empregados pelo código francês, preleciona:

Foi a justa reação à noção *individualista* dos direitos subjetivos constituída a partir do Código Civil de Napoleão, pela qual o exercício de um direito era protegido em toda e qualquer hipótese, ainda que dele decorresse consequência funesta para a sociedade. Aquilo que inicialmente representou um avanço – pois o Direito, com tal noção, passou a ser a mais poderosa arma contra o absolutismo do Estado – com o passar do tempo mostrou-se de grande inconveniência em face de uma nova realidade sócio-econômica, realidade essa, que demonstrou serem relativos não só o Poder do Estado, mas também os direitos conferidos ao homem, limitados que estão pelas regras de convívio social. (2003, p. 160). (grifo do autor).

Assim, o exercício de direitos ilimitados empregado pelo Estado liberal tornou individual e egoísta o exercício dos direitos subjetivos, o que necessitou de revisão com a nova ordem social ocorrida na França, derivada da industrialização e urbanização, passando os tribunais a relativizar os direitos subjetivos para que se pudesse alcançar a finalidade social de cada norma. (SOUZA, 2005, p. 25). Complementa o doutrinador citado que a modificação do entendimento sobre a liberdade de exercer os direitos conferidos teve em vista o entendimento social que ocorria na França:

[...] a partir do séc. XX, à medida que as contradições do capitalismo industrial se agravaram, a sociedade também foi se conscientizando da necessidade de prover meios de equalização dos direitos. Buscou-se, assim, a ampliação do espaço da *liberdade positiva*, num conceito de que os homens não nasceram iguais na sorte e na fortuna. Nessa medida, o individualismo burguês, aos poucos, foi cedendo espaço para outros padrões de comportamento, que passaram a compor a trama das novas relações sociais. (2005, p. 65). (grifo do autor).

A intenção de relativizar os direitos reconhecidos pela ordem jurídica surgiu como instrumento valioso para assegurar a vida harmônica em sociedade, como uma forma de impedir que o direito criado para garantir prerrogativas jurídicas aos indivíduos fosse exercido em desconformidade com a própria ordem jurídica que o criara.

Nesse sentido, coube aos tribunais observar a nova ordem social que surgia e as injustiças ocasionadas pelo absolutismo do direito subjetivo de cada indivíduo, detectando em cada caso concreto quando o direito subjetivo era exercido de forma anormal, assim, passou-se a conhecer o abuso do direito. Fábio Ulhoa Coelho descreve o *leading case* francês, que abriu as portas e os pensamentos para a aplicação do instituto:

No início do século anterior, um construtor de dirigíveis cujo hangar se situava no interior da França, departamento de Champiègne, deparou-se com um problema inusitado. O fazendeiro vizinho havia erguido, na divisa de sua propriedade com a do hangar, umas colunas altas de madeira com varas de ferro pontiagudas. Pelas condições do lugar, a estranha divisória tornou a manobra dos dirigíveis extremamente perigosa e houve mesmo um deles perfurado pela ponta de ferro da armação. O fabricante dos equipamentos moveu processo contra o vizinho para obrigá-lo a retirar ou alterar a divisória. (2003, p. 360).

Por sua vez, o Código Civil Napoleônico assegurava de forma absoluta o direito de propriedade, dispondo que o proprietário poderia utilizar de seu bem como lhe melhor aprouvesse, devendo somente obedecer aos limites legais. Entretanto, a Justiça francesa decidiu em favor do construtor de dirigíveis, reconhecendo, de forma inovadora, que nenhum proprietário poderia utilizar sua propriedade com o único objetivo de prejudicar a outrem, foi essa uma das primeiras decisões jurisprudenciais reconhecendo o abuso do direito. (COELHO, 2003, p.361).

Entretanto, foi o Código Civil alemão de 1900 o primeiro a tipificar normativamente o abuso do direito, dispondo sobre a inadmissibilidade do exercício de um

direito quando só possuir a finalidade de causar dano a outrem, conforme elucida Martinho Garcez Neto ao mencionar a importância do BGB para a codificação do instituto: “Indiscutivelmente, dentre as grandes codificações modernas, foi o C.C alemão o primeiro a aceitar a doutrina do abuso do direito, expressa claramente no seu artigo 226. Ainda mais, é o BGB o Código que trata com maior minúcia da questão do abuso de direito”. (2000, p. 159).

Nesse contexto, em 1907 foi inserido o dispositivo junto ao artigo 2º do Código Civil suíço, elencando que todos, no exercício de seus direitos, bem como na execução das suas obrigações, têm de agir de acordo com a boa-fé, ressaltando que o abuso evidente de um direito não encontra proteção legal. (GARCEZ NETO, 2000, p. 160).

Da mesma forma, seguindo a corrente europeia, o Código Civil português de 1967 incluiu em seus dispositivos o instituto do abuso do direito: “Artigo 334: é ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito”. (PORTUGAL, 2009, p. 98)

Os códigos civis espanhol e o argentino, em seus artigos 7.2 e 1.071, respectivamente, filiaram-se à tipificação do instituto do abuso do direito (SOUZA, 2005, p. 57-58). Entretanto, a legislação italiana, embora vede expressamente os atos praticados com a única intenção de prejudicar a outrem, não tipifica o instituto. (COELHO, 2003, p. 363).

Após abordagem sucinta das primeiras noções e origem da teoria do abuso do direito, bem como da importância da jurisprudência francesa e legislação civil alemã para a construção do instituto, passa-se a abordar a disposição da teoria na legislação pátria, tecendo argumentos ao *Codex* de 1916, que resguardou de forma implícita a teoria, e sobre o Código Civil de 2002 vigente, que, por sua vez, inseriu expressamente em seu dispositivo o instituto do abuso do direito.

B) No direito brasileiro

O Código Civil de 1916, resguardando resquícios do modelo individualista, haja vista ter sido influenciado pelo Código Civil francês, dispôs de forma implícita sobre a teoria do abuso do direito. (GOMES, 2006, p. 115).

O artigo 160, I, do referido normativo consagrava não constituir ato ilícito aquele praticado em legítima defesa ou no exercício regular de um direito, sendo necessária a interpretação reversa para compreender que o titular do direito ao utilizá-lo de forma irregular cometia ato ilícito. É o que expõe Martinho Garcez Neto ao demonstrar a importância de uma interpretação inversa para perceber a existência do instituto no ordenamento jurídico civil anterior:

O Codificador brasileiro, embora tenha perfilhado a doutrina do abuso de direito, no art. 160, n. I do C.C., todavia não usou de fórmula direta. Assim, é “**a contrariu sensu**” que nosso direito considera ilícito o ato praticado em exercício não regular de um direito. (2000, p 160). (grifo do autor).

Com o advento do Código Civil de 2002, promulgado após a Constituição Federal de 1988, sob efeito do Estado democrático de direito, e estribado nos princípios gerais da eticidade, socialidade e operabilidade, dispõe de forma expressa sobre o instituto do abuso do direito no ordenamento jurídico brasileiro, juntamente com a boa-fé objetiva e a função social do contrato, deixando de lado o Estado liberal, que influenciara o Código Civil anterior.

A teoria encontra-se resguardada junto ao Livro III - fatos jurídicos, Título III – atos ilícitos, artigo 187 do Código Civil, e dispõe que 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 (BRASIL, 2010, p. 161). Ressalta-se a influência do código português no dispositivo pátrio, haja vista que se seguiu à essência e aos limites estabelecidos pelo ordenamento lusitano. (RIZZARDO, 2007, p. 517).

Da mesma forma, é necessária a descrição do entendimento adotado pelo legislador, que, ao dispor expressamente sobre limites a serem observados, abraça o

critério objetivo para a identificação do abuso, entendendo-se que, ao ultrapassar a delimitação, incide em excesso do seu direito, sendo irrelevante para a caracterização a intenção do agente. Nesse sentido é o posicionamento de Arnaldo Rizzardo: “A alusão somente à finalidade econômica e social, á boa-fé e os bons costumes permite afirmar que o Projeto adotou a teoria objetiva, deixando de incluir a intenção de causar dano a outrem entre os requisitos para a configuração do abuso do direito”. (2007, p. 517).

Assim, deixa-se de lado a análise da intenção do titular de prejudicar, não se utilizando a culpa e a ausência de interesse legítimo como figuras necessárias para a configuração do abuso, ou seja, atribui-se uma análise específica à atitude do sujeito, que, ao ultrapassar os limites dispostos pela norma, passa a incidir em abuso do direito. Trata-se de uma concepção objetiva, que, segundo Pablo Stolze Gagliano, é a corrente disposta pelo legislador brasileiro ao tipificar expressamente o abuso:

Analisando o art. 187 do CC-02, conclui-se não ser imprescindível, pois, para o reconhecimento da teoria do abuso do direito, que o agente tenha a intenção de prejudicar terceiro, bastando, segunda a dicção legal, que exceda manifestamente os limites impostos pela finalidade econômica ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. (2010, p. 492).

No mesmo sentido é o posicionamento de Silvio de Salvo Venosa ao manifestar a desnecessidade da culpa como requisito para a caracterização do abuso: “O atual código de forma elegante e concisa, prescinde a noção de culpa, no art. 187, para adotar o critério objetivo-finalístico. É válida, portanto, a afirmação apresentada de que o critério de culpa é acidental e não essencial para a configuração do abuso”. (2004, p. 627).

Da mesma forma é o entendimento de José Jairo Gomes, ao afirmar que “a responsabilidade que emerge do dispositivo 187 do Código Civil é objetiva, não havendo necessidade de se discutir a *culpa* do agente”. (2006, p. 85). (grifo do autor).

Portanto, percebe-se que a interpretação para a configuração do abuso consolida-se como objetiva, pois em caso de verificação de infringência de qualquer dos limites expressos o titular desvia-se do exercício regular do seu direito e passa a incidir em excesso. Nesse sentido, é pertinente a explanação de cada demarcação para tornar de fácil compreensão o estudo do presente trabalho.

Quanto ao fim econômico e social, percebe-se a nítida ligação com o princípio da socialidade, norteador do Código Civil vigente, o qual consagra que o direito deverá ser exercido em conformidade com a intenção social para que foi criado, assegurando uma visão humanitária na aplicação do direito e garantindo que a norma atingirá a finalidade social para a qual foi disposta. Tecendo ligação direta com a função social da propriedade e função social do contrato, este limite desponta como regra geral de interpretação a ser observada no gozo dos direitos subjetivos, observando o exercício da prerrogativa em conformidade com o social.

Percebe-se, pois, que é nesse limite que se baseia a própria essência do artigo 187, ou seja, reprimir os excessos praticados pelo titular visando ao bem comum. Nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho, “o Direito como instrumento para a construção de uma sociedade justa, igualitária e solidária” (2003, p. 168). Assim, são necessárias uma visão social e aplicação do direito visando ao benefício de todos os membros da sociedade.

Compreendendo-se ser esse limite uma fórmula harmônica que procura conciliar os interesses individuais com os de toda a sociedade, impedindo-se que o exercício do direito subjetivo concedido ao titular possa de alguma forma afetar o bem comum. Entretanto, é no princípio da boa-fé que se depara com a real limitação do gozo dos direitos subjetivos. É esse o posicionamento de Clóvis do Couto e Silva ao afirmar que a boa-fé exerce uma função limitadora do exercício abusivo dos direitos subjetivos (1997, p. 49).

No mesmo sentido é o posicionamento de Cristiano Chaves de Farias ao descrever a boa fé como elemento necessário para a identificação do abuso:

O verdadeiro critério do abuso do direito, por conseguinte, parece se localizar no princípio da boa fé, pois em todos os atos geralmente apontados como abusivos estará presente uma violação ao dever de agir de acordo com padrões de lealdade e confiança ditados pelo conteúdo desse fundamental princípio, independente de qualquer propósito de prejudicar. (2010, p. 201).

Nesse contexto, complementa o autor supracitado que o abuso do direito se relaciona com a boa-fé objetiva, tendo em vista que a função primordial deste princípio geral é limitar o exercício do direito subjetivo. (2010, p. 201). Assim, verifica-se que foi empregada a boa-fé objetiva como cânone interpretativo do abuso do direito, tendo em vista tratar-se de uma norma de comportamento que exige conduta leal, correta e de

cooperação entre as partes, seja no gozo, seja na fase que antecede ou termina a relação jurídica.

A boa-fé objetiva foi inserida no ordenamento jurídico pátrio concomitantemente com a teoria do abuso do direito, haja vista que ambos surgem na esfera social adotada pela Constituição Federal, que cativou os ordenamentos infraconstitucionais. Nesse sentido é o posicionamento de Nadya Regina Gusella Tonial, ao expor sobre a tipificação da boa-fé objetiva na legislação pátria:

Atualmente, no direito brasileiro o princípio da boa-fé objetiva foi acolhido pela Constituição Federal no artigo 1º, inciso III, quando estabeleceu o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como no artigo 3º, inciso I, quando, no título dos princípios fundamentais determinou a solidariedade social se constituiu num dos objetivos fundamentais do Estado Democrático de direito. Em seguida, o Código de Defesa do Consumidor e, após, o Código Civil de 2002 consignaram o princípio em seus textos. (2009, p. 186-187).

Percebe-se tratar-se a boa-fé objetiva de uma norma que exige um comportamento correto e franco e não concede o exercício de um direito de forma contrária à lealdade e à correção. Consolida-se, assim, o conceito de que, ao agir em conformidade com o lema da boa-fé objetiva, estar-se-á atingido ao bem comum, e, por consequência cooperando com a sociedade. Nesses termos, válida é a citação de Judith Martins Costa ao descrever a boa-fé objetiva: “[...] Modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico, segundo o qual ‘cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse tipo de arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade’”. (2000, p. 411). (grifo do autor).

Visualiza-se, assim, a boa-fé objetiva como uma norma de conduta que deve ser observada em qualquer relação jurídica; trata-se de uma regra de comportamento social que deve guiar os indivíduos em todas as situações. Da mesma forma, serve de parâmetro para a percepção do exercício regular de um direito, tendo em vista que, ao se desviar da boa-fé, incide-se em abuso.

No que tange aos bons costumes, compreende-se a cultura dominante em uma determinada sociedade, originária de um conjunto de regras de convivência que servem como normas de conduta e que serão observadas na prática de determinados atos. Deriva de hábitos aprovados pela sociedade, que tradicionalmente passam a ser visados como

norma de comportamento, correspondendo à conduta que se espera do titular do direito em determinada situação.

Fábio Ulhoa Coelho exemplifica um caso de abuso do direito que fere os bons costumes:

O restaurante tem o direito de reservar mesas a determinados clientes, segundo seus próprios critérios. Normalmente estabelece um limite temporal para a aceitação da reserva. Entre as pessoas que não reservaram mesas com antecedência, o bom costume é observar a ordem de chegada, na destinação das que se vagam. Quando o restaurante dá preferência a pessoas famosas (artistas, políticos ou esportistas), mesmo ela não tendo feito a reserva antecipada, incorre em exercício abusivo de seu direito, por transgredir limites ditados pelos bons costumes. (2010a, p. 329).

Percebe-se, assim, que em determinadas sociedades surgem normas de conduta guiadas pelos bons costumes, que, por sua vez, criam leis a serem seguidas naquele local, servindo de parâmetro para a identificação do exercício abusivo do direito, utilizando-se os bons costumes como limite a ser observado.

Após abordagem sucinta quanto aos limites estipulados pelo legislador, verifica-se que se situam como termômetros para análise do exercício subjetivo do direito, demarcações que estipulam quando o titular está em pleno exercício regular de um direito ou em abuso. Verifica-se a adoção desses limites como regras gerais de comportamento, exigindo que no exercício de um direito o titular deva observar os limites econômicos e sociais, bem como a boa-fé e bons costumes. No mesmo sentido manifesta-se Heloísa Carpena:

Há uma corrente que trata o abuso do direito como princípio geral de interpretação das normas jurídicas, instrumento que permite a adaptação do direito positivo à realidade social. A necessidade e justificação da teoria decorreria do caráter geral e abstrato da norma jurídica, isto é, teria por fim impedir o desvirtuamento da lei através de um comportamento do titular do direito não pretendido pelo legislador, ficando limites de sua atuação e do próprio direito subjetivo. (2001, p. 46).

Após esta sincrética abordagem da fonte história do instituto do abuso do direito no direito comparado, berço de sua concepção, e no direito brasileiro, o qual é de extrema

valia para o andamento do trabalho, aborda-se a novel aplicação do instituto em pauta no direito de família, exemplificando os casos mais corriqueiros e identificados pela jurisprudência.

1.3 Aplicabilidade no direito de família

O instituto do abuso do direito é empregado em diversas áreas jurídicas de forma indireta e com fundamento limitador do exercício irregular do direito subjetivo. Menciona-se a título de exemplo, sem esgotar as fontes, o artigo 1.277¹ do Código Civil concernente ao direito de vizinhança, que estipula a repressão de interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos habitantes do imóvel por atos praticados pela propriedade limítrofe, bem como os artigos 939² e 940³, relativo a títulos de crédito, dispondo sanção ao credor que demandar contra devedor por título já quitado ou ainda não vencido.

Ademais, visualiza-se aplicação da teoria visando inibir o abuso nos artigos 14⁴ e 18⁵ do Código de Processo Civil; 9⁶, 467⁷, 729⁸, 732⁹, 765¹⁰

¹ Art. 1.277. O proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha.

² Art. 939. O credor que demandar o devedor antes de vencida a dívida, fora dos casos em que a lei o permita, ficará obrigado a esperar o tempo que faltava para o vencimento, a descontar os juros correspondentes, embora estipulados, e a pagar as custas em dobro.

³ Art. 940. Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição.

⁴ Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II - proceder com lealdade e boa-fé;

III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;

IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito.

V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final

⁵ Art. 18. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou

⁶ Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

⁷ Art. 467. Em caso de rescisão de contrato de trabalho, havendo controvérsia sobre o montante das verbas rescisórias, o empregador é obrigado a pagar ao trabalhador, à data do comparecimento à Justiça do Trabalho, a parte incontroversa dessas verbas, sob pena de pagá-las acrescidas de cinquenta por cento". (Redação dada pela Lei nº 10.272, de 5.9.2001).

⁸ Art. 729 - O empregador que deixar de cumprir decisão passada em julgado sobre a readmissão ou reintegração de empregado, além do pagamento dos salários deste, incorrerá na multa de Cr\$ 10,00 (dez cruzeiros) a Cr\$ 50,00 (cinquenta cruzeiros) por dia, até que seja cumprida a decisão.

⁹ Art. 732 - Na mesma pena do artigo anterior incorrerá o reclamante que, por 2 (duas) vezes seguidas, der causa ao arquivamento de que trata o art. 844.

¹⁰ Art. 765 - Os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas.

e 844¹¹, da Consolidação das Leis Trabalhistas, e artigos 39¹², 40¹³ e 41¹⁴, do Código de Defesa do Consumidor. Nesses termos, preleciona Carlos Roberto Gonçalves, “o instituto do abuso do direito tem aplicação em quase todos os campos do direito, como instrumento destinado a reprimir o exercício anti-social dos direitos subjetivos”. (2003, p. 61).

Por essa corrente, o abuso do direito passou a integrar decisões concernentes a relações jurídicas familiares, terreno fértil para o cometimento de exageros e instauração de debates. Roberta Mercantônio enriquece o estudo quanto à aplicabilidade do instituto do abuso do direito nas relações familiares ao elencar o sentimento como motivação para o cometimento de excessos:

O Direito de Família é um palco fértil para a aplicação da teoria do abuso do direito, porque envolve questões íntimas e carregadas de sentimentos, onde os excessos são costumeiramente cometidos, sem olvidar que o limite nessas situações, por ser imperiosamente tênue, é difícil de ser percebido e mais ainda de não ser extrapolado. (2010, p. 50).

A corriqueira visualização de cometimentos de excessos por parte dos titulares de direito nas situações familiares levou a que a jurisprudência observasse e aplicasse o instituto, trazendo ao mundo jurídico decisões inovadoras com o intuito de limitar os atos abusivos, como se verifica nos acórdãos a seguir citados, que servirão de fundamentação para o conteúdo explanado.

Ressalta-se, entretanto, o princípio da intervenção mínima, que se relaciona à interferência estatal nas relações familiares, haja vista que a família é privada e possui a intimidade resguardada, podendo o Estado intervir se for chamado. Segundo Maria Berenice Dias cabe ao Estado questionar “se possui **legitimidade** para invadir a auréola de privacidade e de intimidade das pessoas” (2007, p. 30). (grifo da autora)

¹¹ Art. 844 - O não-comparecimento do reclamante à audiência importa o arquivamento da reclamação, e o não-comparecimento do reclamado importa revelia, além de confissão quanto à matéria de fato.

¹² Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

¹³ Art. 40. O fornecedor de serviço será obrigado a entregar ao consumidor orçamento prévio discriminando o valor da mão-de-obra, dos materiais e equipamentos a serem empregados, as condições de pagamento, bem como as datas de início e término dos serviços.

¹⁴ Art. 41. No caso de fornecimento de produtos ou de serviços sujeitos ao regime de controle ou de tabelamento de preços, os fornecedores deverão respeitar os limites oficiais sob pena de não o fazendo, responderem pela restituição da quantia recebida em excesso, monetariamente atualizada, podendo o consumidor exigir à sua escolha, o desfazimento do negócio, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

Nessa senda, serão abordadas situações corriqueiras de visualização de excessos em relações familiares. Começa-se a abordagem pelas relações alimentícias, haja vista que o direito a alimentos e a obrigação de prestá-los de longa data abarrotam o Judiciário, travando longas batalhas litigiosas. Inovou a jurisprudência ao entender que atitudes corriqueiramente praticadas nesta seara constituem abuso do direito, dispondo ainda que podem figurar no polo ativo do abuso tanto o alimentante como o alimentando.

Para fixação da verba alimentar utiliza-se o parâmetro adotado pela jurisprudência, binômio necessidade/possibilidade, ou seja, estudam-se as condições tanto de quem recebe como de quem presta os alimentos. Ademais, como preleciona Paulo Lôbo, os alimentos são baseados no princípio da solidariedade e encontram esteio nos laços parentais:

Alimentos, em direito de família, tem o significado de valores, bens ou serviços destinados às necessidades existenciais da pessoa, em virtude de relação de parentesco (direito parental), quando ela própria não pode prover, com o seu trabalho ou rendimentos, a própria manutenção. (2008, p. 344).

O caráter alimentar é fixado como forma de garantir ao alimentando sua manutenção, sendo vital o fornecimento do valor fixado. Assim, verifica-se o abuso cometido pelo alimentante ao atrasar o pagamento da pensão alimentícia, porque causa imensos transtornos ao credor dos alimentos, o qual por diversas vezes necessita do Judiciário para ver executado seu crédito alimentar.

Assim, é notório o arbítrio cometido pelo alimentante quando demora no pagamento da verba alimentar, visto que os alimentos possuem caráter de urgência, sendo requisito para a vida do que depende. De outra banda, o alimentando também pode passar a cometer abuso do seu direito a alimentos. Exemplo disso é o filho maior que tem garantido seu sustento, apenas sendo mantida a pensão alimentícia como uma verba suplementar.

Da mesma forma, pratica abuso o filho que, visando adquirir uma das formas de alimento excepcional, caso dos estudantes universitários, matricula-se em uma faculdade, não objetivando a colação de grau nem o aprendizado, visando apenas à manutenção da pensão. Roberta Marcantônio traz exemplo de abuso evidente do alimentado:

Os filhos maiores que, embora estejam matriculados em uma Universidade, não apresentam bons rendimentos ou são reprovados em diversas cadeiras, assim como os alunos que não são assíduos e tampouco se preocupam em concluir seus estudos no menor tempo possível, não são merecedores de excepcional pensão alimentícia que lhes é destinada, ainda mais quando a demora na conclusão de seus estudos ocorre de maneira propositada, com o objetivo de prolongar o recebimento dos alimentos. (2010, p. 85).

Da mesma forma, é sabido ser devedor de alimentos o ex-cônjuge quando o outro não possui meios de se manter; entretanto, ao constituir novo relacionamento, o direito à verba alimentar cessa. É o caso da decisão no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que visualizou o abuso cometido por uma ex-mulher ao camuflar o novo relacionamento com o propósito de manter a verba alimentar:

DIREITO DE FAMÍLIA - EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO - IMPROCEDÊNCIA EM 1º GRAU - INCONFORMISMO DO AUTOR - FATO ENSEJADOR DE EXONERAÇÃO ALIMENTAR - UNIÃO ESTÁVEL DA CREDORA ALIMENTÍCIA - ACOLHIMENTO - REPETIÇÃO DE INDÉBITO - MATÉRIA SUBORDINADA À BOA-FÉ E ETICIDADE - CREDORA QUE ARDILOSAMENTE NÃO COMUNICA SUA NOVA SOCIEDADE AFETIVA, CONTINUANDO A RECEBER PENSÃO ACORDADA EM CASAMENTO DESFEITO - ENRIQUECIMENTO ILÍCITO - DEVOUÇÃO DAS QUANTIAS PAGAS A PARTIR DA CAUSA EXONERATÓRIA - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - DOLO PROCESSUAL - INCOMPROVAÇÃO - JUSTIÇA GRATUITA - AUSÊNCIA DE PROVA EM CONTRÁRIO - BENEFÍCIO CONCEDIDO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Tendo a requerida, após o casamento desfeito, instaurada nova sociedade afetiva, impõe-se a exoneração alimentar do devedor para com a alimentada, a teor do art. 1.708 do CC. Se os princípios da boa-fé e da eticidade subjugam a relação pós-matrimônio entre ex-cônjuges, a alimentada tem obrigação de comunicar ao alimentante a cessação de seu crédito alimentício, sob pena de pagamento indevido do devedor para a credora através de ardil que leva ao locupletamento ilícito. Ausente a licitude na conduta da credora, deve ela restituir ao suposto devedor a verba alimentar indevida e ilicitamente recebida ao longo do tempo, a partir da sociedade afetiva que o ex-cônjuge desconhecia. Incomprovado o dolo processual da parte, afasta-se a condenação por litigância de má-fé. A parte tem direito aos benefícios da justiça gratuita quando afirmar que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários advocatícios sem prejuízo próprio. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (Apelação Cível n. 2004.034220-9, de Timbó Relator: Monteiro Rocha Juiz Prolator: Edson Marcos de Mendonça. Órgão Julgador: Quarta Câmara de Direito Civil Data:17/07/2008).

Neste intento, visualiza-se o cometimento de abusos nas situações alimentícias, seja pelo devedor da verba alimentar quando na demora da prestação, seja pelo credor dos

alimentos ao se utilizar de má-fé para camuflar situação merecedora da extinção da verba alimentar.

Outra situação jurídica familiar que tem chegado ao Judiciário é a novel constatação da síndrome da alienação parental, haja vista que o fim do relacionamento dos pais, independentemente da estrutura familiar constituída, quando não encarada de forma responsável pelos genitores, acarreta transtornos ao filho, principalmente quando este se torna um instrumento de conflito gerado pelo rancor de uma união malsucedida.

É nesse ânimo de guerra sentimental, na disputa de quem fica com quem, que surge a síndrome, transtorno criado no filho por um dos genitores, que, por conveniência, cria situações fantasiosas para realizar campanha de desqualificação do outro genitor perante a criança ou adolescente.

A alienação parental interfere na formação psicológica do filho, induzindo-o a repudiar o genitor alienado; ocasionando uma lavagem cerebral, o genitor alienante faz com que o filho crie aversão ao pai/mãe. Roberta Marcantônio define o sentimento de egoísmo que toma conta do genitor alienante, bem como a prioridade dada por este ao interesse próprio em detrimento do interesse da criança:

O genitor ou genitora, ao ardilosamente exceder seus direitos de guardião para manipular a criança, vista como um objeto e um sujeito de suas vontades para atingir o outro genitor, em razão de mágoas e ressentimentos causados por um difícil desenlace conjugal, ou até mesmo por incapacidade de lidar com a entrega do filho no momento das visitas ou das férias, quando o guardião com problemas psicológicos sente-se abandonado e descartado, opta por medidas desastrosas para encontrar uma forma de acabar com esta situação, olvidando-se dos incontáveis prejuízos sofridos pela criança, ao ver destruídos os seus sonhos e no mais das vezes ao ter que carregar para o resto de sua vida as lembranças implantadas de situações jamais ocorridas. (2010, p. 78).

Ressalta-se que, embora corriqueiramente seja implantada a alienação por parte do genitor guardião, tendo em vista que se trata de um processo lento e que ocorre geralmente por ocasião da dependência e convivência contínua, também pode figurar no polo alienante o genitor visitante, os avós, bem como outros parentes ou quem tenha a autoridade sobre a criança ou adolescente.

Verifica-se que a alienação configura-se em abuso de direito em grau máximo, tendo em vista que o guardião utiliza-se de seu direito de guarda excedendo os poderes de

tutela conferidos, pois utiliza o convívio com o filho como forma de malefício ao outro genitor, prejudicando principalmente o menor, que desenvolve a síndrome e acaba privado da convivência com o genitor alienado. Da mesma forma, se a síndrome for originada pelo genitor visitante, este se utiliza do direito de convivência para prejudicar a relação do filho com o genitor guardião, valendo-se do seu direito de visitas com a prole somente em malefício do alienado.

Recentemente, foi sancionada a lei 12.318/2010, que dispõe sobre a síndrome da alienação parental, conceituando, exemplificando e sancionando o ato praticado pelo alienante. Percebe-se, portanto, o avanço da legislação ao agregar ao ordenamento jurídico norma expressa sobre o tema.

Entretanto, ressalta-se que a jurisprudência há tempos inovou com a identificação da síndrome em casos concretos. Verificando o abuso praticado pelo alienante, os tribunais passaram a decidir fundamentando-se na existência da alienação, conforme decisão proferida pelo Tribunal de Justiça gaúcho:

APELAÇÃO CÍVEL. MÃE FALECIDA. GUARDA DISPUTADA PELO PAI E AVÓS MATERNOS. SÍNDROME DE ALIENAÇÃO PARENTAL DESENCADEADA PELOS AVÓS. DEFERIMENTO DA GUARDA AO PAI. 1. Não merece reparos a sentença que, após o falecimento da mãe, deferiu a guarda da criança ao pai, que demonstra reunir todas as condições necessárias para proporcionar a filha um ambiente familiar com amor e limites, necessários ao seu saudável crescimento. 2. A tentativa de invalidar a figura paterna, geradora da síndrome de alienação parental, só milita em desfavor da criança e pode ensejar, caso persista, suspensão das visitas ao avós, a ser postulada em processo próprio. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70017390972, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 13/06/2007).

Percebe-se, pois, a carga sentimental empregada na decisão, tendo como objetivo o melhor interesse da criança e delimitando eventual sanção em caso de descumprimento, com aplicação de sanção no âmbito cível por cometimento de abuso.

Nesse intento, percebe-se que a síndrome da alienação parental é uma das modalidades de abuso cometida por ambos os pais, constituindo-se em exemplo de excesso no exercício de direitos em outro instituto familiar: a guarda.

Tem-se constatado que nas relações guardiãs podem ocorrer excessos no emprego dos direitos por ambos os genitores, restando o menor como vítima dos abusos cometidos

pelos pais. No que tange ao genitor guardião, constata-se excesso no exercício do direito de guarda quando priva a prole de conviver com o genitor visitante e com os demais parentes. Motivado por vingança, medo ou egoísmo, muitas vezes o guardião interfere na vida do filho com a finalidade de romper os vínculos existentes entre este e os demais familiares, ocasionando transtornos ao infante, a quem deveria proteger.

Da mesma forma, extrapola sua prerrogativa de guardião, quando muda a residência da família com a finalidade de afastar o filho dos demais membros familiares, prejudicando a prole ao interromper o contato que possuía com familiares, amigos e colegas; logo, altera consubstancialmente a rotina do infante para atingir benefício próprio. No que refere ao genitor visitante, constata-se abuso no direito de visita e convivência, visto serem nesse sentido as prerrogativas concedidas ao genitor que não possui a guarda.

Os excessos do genitor não guardião podem ocorrer de duas formas: quando extrapola o direito de companhia, visitando o filho em dias não acordados ou devolvendo-o com atraso, ou quando não exerce o direito à convivência, abandonando os laços afetivos que possuía com o menor. Nesta senda, Roberta Mercantônio discorre sobre os exageros praticados pelo genitor que não possui a guarda do filho:

O não-guardião também comete atos que excedem às prerrogativas conferidas por seu direito de visitas, tanto quando extrapola o seu direito retendo a criança por mais tempo do que acordado, como nos casos em que simplesmente resolve abandonar e ignorar a criança, que cansa de esperar no aguardo do dia de visita, que nunca ocorre [...]. (2010, p. 59).

Assinala ainda a doutrinadora que, no caso de abuso do direito de visitas, o genitor visitante excede os limites do seu direito utilizando boa-fé do genitor que possui a guarda, haja vista que as visitas são concedidas para bem-estar do infante, mas acabam, nesse caso, prejudicando consubstancialmente o menor, que é afastado forçadamente do genitor guardião. (2010, p. 59).

A respeito, senda menciona-se decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que determinou busca e apreensão de menor na residência do genitor visitante, o qual não devolvera a criança na data e no horário combinado após exercício do direito de visita:

CAUTELAR. BUSCA E APREENSÃO DE MENOR. PAI QUE, EXERCENDO O DIREITO DE VISITA, LEVA O FILHO E SE RECUSA A RESTITUI-LO PARA A GENITORA-GUARDIÃ. 1. Configura flagrante abuso de direito a conduta do pai que, exercendo o direito de visita, leva o filho para sua casa e depois se recusa a restituí-lo para a genitora-guardiã. 2. Presentes os elementos determinantes da tutela cautelar, imperiosa a busca e apreensão. 3. O *fumus boni juris* decorre da guarda do filho ter sido deferida à mãe, sendo indevida e imotivada a retenção da criança pelo genitor, e o *periculum in mora* está em que a permanência dele na casa do genitor enseja situação de risco, seja pela quebra da sua rotina de vida, seja pelos maus antecedentes do genitor. Recurso provido. (Agravado de Instrumento Nº 70009442500, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 08/09/2004).

Outra modalidade de abuso do direito pelo genitor visitante refere-se ao inverso do exemplo anteriormente tratado, com o abandono afetivo do filho pela frustração das visitas e dos encontros, tendo por base a ideia de que o rompimento do vínculo conjugal separa da mesma forma pais e filhos. Nesse sentido posiciona-se Roberta Mercantônio ao descrever que o genitor guardião “abusa do seu direito quando não visita os filhos, quando faz esperar durante horas e não aparece para buscá-los e quando ignora seus clamores”. (2010, p. 62).

Constata-se que o filho é o maior lesionado em qualquer dos exemplos trazidos para caracterizar abuso de direito nas relações de guarda por prática de excessos tanto por parte do genitor guardião, quanto do genitor visitante. Ressalta-se ainda que podem figurar como polo ativo dos abusos os demais familiares que possuem o direito de manter contato e conviver com o menor, haja vista que possuem laços de afeto com o infante e assim, têm direito de convívio com a criança ou adolescente. São exemplos desses os avós, tios e irmãos. Ressalta-se que os casos de abuso de direito desses familiares se relacionam estritamente com os excessos do genitor visitante, visto que possuem as mesmas prerrogativas de visita e convivência com o infante.

Por tratar o presente trabalho dos abusos de direito no instituto da guarda, daremos mais ênfase, no segundo capítulo, aos excessos empreendidos pelo genitor guardião no exercício do encargo, tecendo, da mesma forma, argumentos e exemplos dos abusos do genitor visitante e demais parentes quando da efetivação do direito de convivência com o menor.

Diante do exposto, verifica-se que a identificação do abuso do direito ocorre de forma objetiva: ultrapassando os limites dispostos pela lei, passa a incidir em abuso de direito. Nas relações familiares o limite legal violado é o da boa-fé objetiva, visto que se

trata de uma norma que exige comportamento leal, correto e de cooperação entre as partes envolvidas. No caso, agem de forma totalmente contrária os entes familiares referidos, com o que ferem consubstancialmente esse limite ao agirem de maneira despropositada.

Ademais, nos exemplos mencionados, por darem prioridade aos seus interesses em detrimento dos demais parentes, os entes familiares excedem seus direitos violando da mesma forma o limite da finalidade social da norma, logo, incide sobre sua conduta uma visão egocêntrica do direito que lhe foi concedido, deixando de lado os direitos dos demais parentes envolvidos.

Nesse sentido, percebe-se a caracterização do abuso do direito nas relações familiares pela violação da delimitação da boa-fé objetiva e da finalidade social da norma. Essa caracterização será mais bem abordada no próximo capítulo, no qual se tratará das peculiaridades e modalidades do instituto da guarda, abrangendo a identificação e caracterização dos abusos cometidos pelos genitores e familiares no exercício dos direitos conferidos pelo instituto.

2 PRERROGATIVAS CONFERIDAS AOS GENITORES E DEMAIS PARENTES NO INSTITUTO DA GUARDA E A IDENTIFICAÇÃO DOS ABUSOS

Trabalhar-se-á neste capítulo o instituto da guarda, abordando suas modalidades, conceituações e elementos, como premissas básicas para a discussão do tema escolhido para a monografia, dentre os quais estão os requisitos para a escolha do guardião unilateral, bem como os direitos e deveres conferidos a este no desempenho do encargo, haja vista ser neste campo que se identifica a maioria dos abusos cometidos.

Por se tratar de relação envolvendo menores, dar-se-á enfoque ao princípio da proteção integral ou melhor interesse da criança e do adolescente, norma geral a ser seguida no desempenho da guarda dos filhos. Da mesma forma, será dada atenção às prerrogativas e obrigações concernentes ao genitor visitante, visto que este, conquanto não detenha a guarda, na condição de genitor, mantém seu poder familiar. Aborda-se ainda, o direito à visitação dos demais parentes ligados ao infante, visto que se trata de efetivação do direito à convivência e à afetividade, princípios basilares que atendem às necessidades dos menores e objetivam sua perfeita formação.

Tecidas considerações do instituto, passa-se a exemplificar e identificar condutas abusivas do guardião no desempenho da guarda unilateral, bem como do genitor visitante e demais parentes do desempenho do direito à convivência, explanando os excessos e os malefícios ocasionados à prole, os quais são constatados corriqueiramente nas relações de guarda, entretanto são de difícil comprovação e punição.

2.1 Exercício da guarda

O fim do vínculo existente entre os genitores, independentemente da instituição constituída - casamento, união estável, relação concubinária ou namoro - repercute diretamente no aspecto psicológico dos filhos. Embora não altere os deveres e direitos dos pais para com a prole, exige uma postura madura do casal, que deve observar antes a primazia dos direitos dos filhos do que seus próprios interesses.

Existindo filhos menores, verifica-se a necessidade de lhes ser dada atenção especial, haja vista que se encontram em fase de formação e necessitam do acompanhamento de ambos os genitores. Nesse sentido, esclarece Fábio Ulhoa Coelho, a respeito do impacto do desfazimento do vínculo conjugal aos filhos:

A maior preocupação do casal, do juiz e da própria sociedade, quando o vínculo conjugal se desfaz, volta-se para os filhos menores. Eles são os emocionalmente mais vulneráveis aos percalços do processo de separação. Envoltos pelas dificuldades inerentes à superação do complexo do Édipo, meninos e meninas fantasiam muitas vezes que têm a inteira culpa pelo desfazimento do vínculo matrimonial dos pais. Por instinto natural, por outro lado, têm a percepção de que dependem do amparo paterno e materno para o seu desenvolvimento e temem acerca de seu próprio bem-estar. Ficam inseguros com a separação e, mais que nunca, precisam de atenção e consideração. (2010b, p. 122).

Com a existência de filhos menores, extensiva a filhos maiores e incapazes, consoante artigo 1590 do Código Civil, surge o instituto da guarda, a imputar a um dos pais separados, ou a ambos, a permanência com o infante, garantindo-lhe cuidados, zelo, manutenção e acompanhamento até que atinja a maioridade ou a emancipação.

Com a promulgação da lei 11.698/2008, que instituiu a guarda compartilhada no ordenamento jurídico pátrio, passou-se a desenvolver de duas formas a guarda dos filhos: unilateralmente, em que compete o encargo a somente um dos genitores, ou de forma compartilhada, pela qual o exercício é conjunto e ambos os pais desempenham a guarda dos filhos. Depreende-se essa conceituação do parágrafo 1º do artigo 1.583 do Código Civil:

Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores, ou a alguém que o substitua (art. 1.584, §5.^o¹⁵) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. (BRASIL, 2010, p. 275).

¹⁵ Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

[...]

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

Em que pese ao redirecionamento da legislação brasileira para a adoção do modelo da guarda compartilhada como padrão, este somente é psicologicamente viável nos casos em que não restem ressentimentos entre os genitores e inexista um clima de discórdia e animosidade, sob pena de sério comprometimento do bem-estar do menor.

A guarda unilateral consiste na gerência do cotidiano do filho por um só genitor, competindo ao guardião os cuidados diários com a prole, visto que passam a residir juntos e o menor é subordinado a este. Ademais, o detentor da guarda deve atender a todas as necessidades do infante, acompanhando, aconselhando, impondo limites, educando e socializando a prole, enfim, administrando a vida do filho da melhor forma possível, objetivando sempre o seu bem-estar.

Fábio Ulhoa Coelho destaca que a guarda unilateral é a espécie na qual a prole reside com o genitor guardião, que possui a obrigação de administrar a vida diária do menor. Como exemplos menciona a ida à escola, ao médico e as atividades sociais, bem como o fornecimento de alimentação e vestuário. (2010b, p. 123).

Nesses mesmos termos, Carlos Roberto Gonçalves explana que a guarda unilateral é a mais comum, descrevendo-a com a espécie em que a prole reside com o guardião e somente visita o outro genitor. (2010b, p. 283).

Percebe-se, portanto, que a guarda unilateral faz surgir o direito do filho à visitação e à convivência com o pai não guardião e demais familiares, haja vista que, embora seja escolhido o genitor que reúna as melhores condições para o desempenho da guarda, fazem-se necessários os encontros com os entes familiares visitantes a fim de reforçar os laços de afeto, pois ajuda na boa formação do menor. Assim, verifica-se que a guarda e a visitação se complementam, objetivando o bem-estar da criança ou adolescente, tendo em vista que ao manter contato com todos os familiares o menor desenvolve-se de forma positiva.

De outro lado, por guarda compartilhada compreendem-se todos os deveres elencados acima, porém desenvolvidos conjuntamente por ambos os genitores. Neste caso, ainda que os pais se encontrem com o vínculo desfeito, partilham os deveres inerentes ao guardião e têm a responsabilidade de desenvolver assistência conjunta à prole. Com a disposição dessa modalidade de guarda, passou-se a dar preferência para o compartilhamento do instituto, devendo-se, entretanto, analisar cada caso familiar para seu deferimento, tendo em vista que exige bom convívio dos pais e interesse no desempenho conjunto da guarda. Euclides de Oliveira manifesta-se a respeito do compartilhamento:

A definição legal de guarda compartilhada, que deriva do sistema anglo-americano da *joint custody*, pressupõe entendimento entre os pais para o desempenho uniforme e harmônico dos direitos e deveres paterno-filiais, atendendo ao preceito constitucional da igualdade entre os genitores e da integração do menor na comunidade familiar [...]. (2010, p. 233). (grifo do autor).

O doutrinador citado entende ser a guarda compartilhada o melhor modelo a ser seguido (2010, p. 234). Contudo, para a aplicação conjunta da guarda ambos os genitores devem agir de forma participativa e demonstrar boa vontade, visto que as decisões passam a ser tomadas conjuntamente e ambos gerenciam a vida do infante. Nesse sentido é o posicionamento de Cáo Mário da Silva Pereira: “Esta forma de guarda só é possível quando os pais revelarem maturidade e possibilidade funcionais de compartilhar as rotinas dos filhos de maneira harmônica, respeitados seus horários e suas atividades escolares e extracurriculares”. (2007, p. 428).

Ressalta-se ainda que o desempenho compartilhado da guarda não deve ser acordado de forma irresponsável pelos pais ou imposta pelo magistrado sem análise peculiar da situação afetiva da família, pois a aplicação deste instituto deve se dar somente em casos onde reine paz entre os genitores, haja vista que deverão possuir estrutura e comprometimento para a formação conjunta do filho.

Entretanto, trataremos neste trabalho somente da guarda unilateral, haja vista que o cerne da questão se encaixa nos exageros cometidos pelos genitores e familiares no desempenho dessa, restando o menor como vítima dos excessos. Ademais, não se inclui procede a guarda compartilhada no presente estudo, tendo em vista que para a comunhão da guarda deve existir clima de respeito e cordialidade entre os entes familiares, não restando espaço para abusos e ressentimentos.

Nos tempos passados, a escolha do guardião não despontava como dúvida, haja vista que incumbia à matriarca da família o cuidado com os filhos, restando ao genitor masculino a manutenção da prole. Segundo Roberta Mercantônio: “A escolha do genitor guardião antigamente não deixava margem para questionamento, pois, maioria das vezes, a guarda dos filhos era destinada à mãe, enquanto ao pai incumbia o dever de sustento dos filhos”. (2010, p. 55).

Da mesma forma, Maria Berenice Dias manifesta-se:

Historicamente os filhos sempre ficavam sob a guarda materna, por absoluta incompetência dos homens de desempenharem as funções de maternagem. Sempre foi proibido aos meninos brincar de boneca, entrar na cozinha. Claro que em face disso nunca tiveram qualquer habilidade para cuidar dos filhos. Assim, mais do que natural que essas tarefas fossem desempenhadas exclusivamente pelas mães: *quem pariu que embale!* Quando da separação, os filhos só podiam ficar com a mãe. Até a lei dizia isso. (2007, p. 394). (grifo da autora).

Entretanto, com a reformulação do papel do pai e da mãe no seio familiar, tendo em vista o princípio da igualdade consolidado na Constituição Federal de 1988, alterou-se o poder patriarcal existente nas relações familiares, passando-se a observar outros requisitos para a fixação da guarda. Nesses termos, complementa Maria Helena Diniz que o princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros alterou substancialmente os direitos e obrigações de cada um na entidade familiar, revolucionando a direção da família patriarcal ao fazer desaparecer o poder marital, passando-se a observar a comunhão de decisões e igualdade de poderes entre homens e mulheres. (2005, p. 18).

Nesse sentido, passou-se a fixar a guarda filial ao genitor que reunir melhores condições para a gerência da vida do filho, observando ao melhor interesse da criança ou adolescente e deixando de lado a condição de pai ou de mãe para o exercício da guarda. Assim, complementa Roberta Mercantônio:

Hoje em dia, a questão da guarda é considerada no sentido de que seja atendido o melhor interesse da criança. O guardião não é exclusivamente a mãe, mas sim aquele que demonstrar ter melhores condições de cuidar da criança e do adolescente”. (2010, p. 55)

Embora não se possa conceituar expressamente o que se entende por “melhores condições”, observa-se a intenção do legislador de assegurar a fixação da guarda ao genitor que possua maior estabilidade emocional e que assegure à criança ou adolescente todos os requisitos básicos e essenciais para sua formação física, social, psicológica e pessoal.

Encontram-se elencados expressamente no artigo 1583, §2º, incisos I, II, e III¹⁶, do Código Civil os requisitos para a escolha do guardião, dispondo o legislador que a guarda será atribuída ao genitor que possuir melhores condições para gerência da guarda e melhor aptidão para propiciar aos filhos “afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar, saúde, segurança e educação”. (BRASIL, 2010, p. 275).

Assim, verifica-se a escolha do legislador pelo suporte imaterial, visto que as condições financeiras não servem como parâmetro para a fixação da guarda. De fato ambos os genitores possuem a incumbência da manutenção financeira do filho, e, no caso de o guardião não possuir condições, caberá ao visitante o fornecimento da ajuda financeira. Paulo Lôbo complementa a respeito:

Melhores condições, para fins legais, não se confunde necessariamente com as melhores situações financeiras. O juiz levará em conta o conjunto de fatores que apontem para a escolha do genitor cujas situações existenciais sejam mais adequadas para o desenvolvimento moral, educacional, psicológico do filho, dadas as circunstâncias afetivas, sociais e econômicas de cada um. (2008, p. 171).

O instituto da guarda é regido pelo princípio da proteção integral ou prevalência do melhor interesse da criança e adolescente, o qual impõe a prioridade dos interesses do infante em qualquer relação em que se envolvam menores, devendo esta norma ser observada pelo Estado, pela sociedade e, sobretudo, pelos pais. Paulo Lôbo discorre a respeito da criança e do adolescente:

Deve ter seus interesses tratados com prioridade, pelo Estado, pela sociedade e pela família, tanto na elaboração quanto na aplicação dos direitos que lhe digam respeito, notadamente nas relações familiares, como pessoa em desenvolvimento e dotada de dignidade. (2008, p. 53).

16 Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008).

[...]

§ 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores: (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

II – saúde e segurança; (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

III – educação. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

Ressalta-se que esse princípio impõe prioridade e respeito ao tratamento de situações que envolvam menores, devendo ser efetivados todos os direitos fundamentais da criança e do adolescente, bem como garantido um desenvolvimento sadio e responsável, visto que se encontram em formação e necessitam de acompanhamento. Tânia da Silva Pereira descreve a origem histórica do princípio em foco:

Sua origem é encontrada no instituto do direito inglês do *parens patriae* como prerrogativa do rei em proteger aqueles que não poderiam fazê-lo em causa própria. É recepcionado pela jurisprudência norte-americana em 1813, no caso *Commonwealth v. Addicks*, no qual a Corte da Pensilvânia afirma a prioridade do interesse de uma criança em detrimento dos interesses de seus pais. No caso em exame, a guarda da criança foi concedida à mãe, acusada de adultério, já que este resultado representava o melhor interesse para aquela criança mediante as circunstâncias dadas. (2006, p. 131). (grifo da autora).

Com base nesse posicionamento, de origem inglesa, passou-se a desenvolver o princípio da proteção integral da criança e do adolescente, bem como a busca pela efetivação do interesse maior do infante, instituído pela Convenção Internacional dos Direitos da Criança no ano de 1959 em seu artigo 3.1 ao orientar: “todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar primordialmente, o interesse maior da criança”. (BRASIL, Decreto nº 99.710/1990). Ressalta-se que passou a vigorar no Brasil tal dispositivo no ano de 1990, pela ratificação através do decreto nº. 99.710.

Encontra-se disposto no artigo 227¹⁷ da Constituição Federal este princípio norteador do instituto da guarda, enfatizando o atendimento das necessidades básicas e indispensáveis para a boa formação do menor, bem como a prevalência, em qualquer circunstância, do bem-estar da criança e do adolescente. Nesse sentido é sábia decisão do Tribunal de Justiça gaúcho ao decidir sobre a guarda de um menor, ressaltando a importância de se assegurarem nas relações familiares e de disputa de guarda as melhores condições para o infante:

¹⁷ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

GUARDA. DISPUTA ENTRE OS PAIS DA CRIANÇA. PREVALÊNCIA DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. 1. As alterações de guarda devem ser evitadas tanto quanto possível. 2. O principal interesse a ser protegido é o da menor. 3. Para a definição da guarda deve se verificar qual dos pais possui melhores condições de permanecer com a guarda da criança e, se a guarda provisória está definida em favor da mãe, que vem cumprindo adequadamente esse papel, tal situação deve ser consolidada, já que a guarda paterna não se mostrou adequada. 4. Sem ocorrência de fato novo superveniente e relevante capaz de colocar o infante em situação de risco, descabe proceder nova alteração da guarda. 5. Definida a guarda em favor da mãe, é cabível estabelecer a regulamentação de visitas do pai, pois materializa o direito do filho de conviver com o genitor não-guardião, assegurando o desenvolvimento de um vínculo afetivo saudável entre ambos. 6. Diante das peculiaridades do caso dos autos, mostra-se recomendável a aplicação de medida de proteção a menor, pelo prazo de dois anos, para o fim de manter a guarda em favor da genitora da menor e fixar visitas quinzenais, na presença do profissional da saúde mental que realiza o acompanhamento psicológico/psiquiátrico da menor, incumbindo a este encaminhar, ao Juízo, relatório bimensal, a fim de avaliar a situação das partes, cabendo ao Juízo de primeiro grau, se conveniente, realizar novo planejamento, suspendendo ou mantendo a supervisão das visitas. Recursos providos em parte. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70033658147, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 12/05/2010).

Portanto à efetivação desse princípio é norte a ser seguido nas decisões familiares, bem como na fixação da guarda, devendo ser respeitado quando se tratar de relação envolvendo menores, visto que, visivelmente, encontram-se no polo mais frágil da relação familiar e dependem de cuidados, de afeto e de compreensão para sua formação.

Esse princípio norteador faz-se presente ainda no Estatuto da Criança e do Adolescente, no qual, em seu artigo 4º, é resguardado o dever da família, da comunidade, da sociedade e do poder público de garantirem a efetivação dos direitos do infante à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, tendo em vista tratar-se de pessoa em desenvolvimento. (BRASIL, 2010, p. 1049).

Verifica-se, assim, que esse princípio se encontra consubstancialmente inserido em nosso ordenamento jurídico, manifestando-se como norma geral de comportamento a ser seguida nas relações que envolvam infantes. Roberta Mercantônio preleciona que “os referidos dispositivos da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente, asseguram o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social das crianças e adolescentes, em condições de liberdade e dignidade”. (2010, p. 232).

Nesse sentido, percebe-se que o genitor guardião deve reunir as melhores condições para o convívio diário com o menor, servindo de exemplo para a criança ou

adolescente, a fim de propiciar ao filho uma estrutura basilar sólida, de modo que se desenvolva psicológica, social e pessoalmente. O guardião tem o dever de garantir que o filho forme sua personalidade baseado em uma estrutura familiar, não deixando margem para que o menor se sinta abandonado ou rejeitado. Para isso, é necessário o acompanhamento do genitor visitante e dos demais membros da família, por serem visto que garantidores de outros princípios basilares das relações paterno e materno-filiais, como a convivência e a afetividade.

Para a fixação da guarda dá-se da preferência ao comum acordo feito entre os genitores nos autos do processo de separação, divórcio, dissolução de união estável ou medida cautelar, pelo qual restarão determinadas, da mesma forma, os dias certos para visitação, entendendo-se que a forma consensual trará benefícios a todos os entes familiares. Conforme Paulo Lôbo:

A regra básica, nas hipóteses de separação, é a da preferência ao que os pais acordaram sobre a guarda dos filhos, quando a separação judicial ou divórcio forem consensuais. Confia o legislador no melhor discernimento dos pais, cuja a escolhas serão presumidamente as melhores para os filhos. (2008, p. 169).

Entretanto, se for constatado, quando da homologação do acordo, que não se está observando o interesse do menor, ou que, na realidade, a solução encontrada não consiste no melhor recurso, caberá ao juiz intervir decidindo em conformidade com o melhor para os interesses do infante. Destarte, preleciona Fábio Ulhoa Coelho:

O Juiz deve verificar se a composição feita pelo casal corresponde à melhor para a criança ou adolescente. Se considerar que ela não é recomendável naquele caso em particular ou teria resultado de pressão indevida de um dos cônjuges sobre o outro, não deve homologar o acordo. (2010b, p. 125).

Restando, portanto, constatada a preservação dos direitos dos filhos e dos cônjuges, bem como a verificação da melhor solução para a situação em concreto, prevalecerá a vontade dos pais expressa no acordo. Em caso de ações litigiosas, porém, em que não se encontra o bem comum, caberá ao juiz determinar a quem competirá o exercício da guarda

do menor ou adolescente, não pendendo para o lado paterno ou materno, e, sim, para quem reunir as melhores condições para gerenciar a guarda do filho.

Nesse sentido, percebe-se que a guarda unilateral é um instituto complexo, que poderá ser decidido de forma consensual pelos genitores ou de maneira imposta pelo magistrado, todavia observando sempre o princípio norteador da proteção integral ou melhor interesse da criança e do adolescente.

Da mesma forma, observa-se que a guarda unilateral será deferida ao genitor que possuir melhores condições de propiciar ao filho todos os requisitos essenciais para a sua formação, atendendo às suas necessidades físicas, psicológicas e sociais. Lembra-se, entretanto, que, embora o genitor guardião possua a gerência da guarda do infante, o genitor visitante e os demais membros da família possuem da mesma forma direitos e deveres para com a prole, sendo necessários para a formação do filho a presença e o afeto de todos os entes familiares.

2.2 Direitos e deveres conferidos aos parentes

No que concerne aos direitos conferidos aos demais membros familiares no exercício da guarda unilateral ressalta-se o direito de visitação, que consubstancialmente é embasado nos princípios constitucionais da convivência e da afetividade, garantidores das prerrogativas do infante de se sentir amado e abrigado por todos os membros de sua família.

Da mesma forma, cabem a todos os entes familiares a fiscalização e a busca pelo melhor interesse da criança e do adolescente no exercício da guarda unilateral, incumbindo a todos a obrigação de acompanharem os interesses do menor no desempenho do encargo pelo guardião unilateral.

Embora o genitor visitante e os demais familiares possuam, conjuntamente, os direitos elencados acima, passa-se a explicar de forma individual e sucinta a abordagem das prerrogativas e deveres conferidos a cada membro familiar, tendo em vista que partem de origens legais diversas e constituem posições distintas no seio doméstico do menor. Da mesma forma, objetiva-se embasar o próximo título, que tratará da constatação dos abusos

cometidos pelos genitores e demais familiares no exercício da guarda unilateral e direitos de visitação.

A) Ao genitor não guardião

Em contraponto à guarda unilateral há o direito à visitação do filho pelo genitor não guardião, conforme determina o nosso ordenamento jurídico pátrio ao deixar claro no artigo 1.589 do Código Civil que ao genitor que não possuir a guarda do filho será assegurada a convivência com a prole: “O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam 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”. (BRASIL, 2010, p. 276).

Este direito a visitas será efetivado nos termos do acordo com o guardião, ou no sentido determinado pela sentença que decidiu sobre a guarda do menor. Da mesma forma, observar-se-á ao melhor interesse da criança e adolescente, devendo se efetivar nos dias e horários mais apropriados para o infante, sem que prejudique sua rotina, seus compromissos escolares e extracurriculares. Nesses termos, Fábio Ulhoa Coelho esclarece:

Ao outro cabe conviver com o filho em períodos, de duração variada (algumas horas por dia), previamente estabelecidos de comum acordo com o titular da guarda. Nessas oportunidades, chamadas legalmente de *visitas*, o ascendente que não tem a guarda pega o filho em casa, leva-o a passeios ou eventos familiares, tem-no em sua convivência, e o devolve no horário aprazado. (2010b, p. 123).

O direito de visita desenvolve-se num sentido puramente afetivo e como medida para manter os vínculos paterno e materno-filiais, os quais não podem, de maneira alguma, se desfazer em virtude da separação dos genitores, tendo em vista que o rompimento do vínculo conjugal dos pais não pode separá-los de seus filhos. Ademais, é necessária para a formação sadia da prole a convivência com o genitor não guardião. Wladimir Paes de Lira disserta a respeito do direito de visitas:

Há muito tempo que vem se discutindo acerca do alcance do denominado “direito de visitas”, estando pacificado na doutrina abalizada brasileira, que a expressão “visitas” deve ser entendida como “convivência”, e seguindo a orientação estabelecida na Convenção Universal dos Direitos da Criança e do Adolescente, promovida pela ONU, em 1989, que estabelece que o “direito de convivência” é direito dos filhos, e atendendo ao comando constitucional contido no art. 227, que traz de forma expressa o direito fundamental a convivência familiar de forma mais abrangente possível [...]. (2010, p. 528).

Complementa o doutrinador citado que o direito à convivência é uma via de mão dupla, pois compreende o direito do pai/mãe não guardião conviver com o filho e de o filho conviver com o genitor que não possui sua guarda. Nessa linha se posiciona Paulo Lôbo ao afirmar que, consoante entendimento constitucional (artigo 227), as visitas são direito recíproco de pais e de filhos, assegurando a companhia e a convivência desses. (2008, p. 174).

Constitui-se, assim o direito de visitar e o direito de ser visitado, competindo ao genitor o direito de conviver com seu filho em razão da necessidade do menor de partilhar sua vida com o genitor com quem não convive diariamente. Ressalta-se que o direito de visitação não resguarda somente o contato na residência do guardião ou a simples relação esporádica e sem compromisso; pelo contrário, consiste em contato responsável e eficaz, compreendendo passeios, viagens, férias comuns e compartilhamento de horas ou dias em companhia um do outro.

Paulo Lôbo complementa que é direito do infante a convivência com o genitor visitante como forma de usufruir a companhia e vivenciar, quem sabe, culturas, religiões e posições sociais diferentes. (2010, p. 2008), desfrutando das condições de vida do genitor visitante e enquadrando-se nas condições sociais e culturais do pai/mãe com quem não convive diariamente.

Nessa senda, percebe-se que o direito à visitação surge do princípio da convivência familiar disposto expressamente pelo artigo 227 da Constituição Federal, pelo qual é assegurado a crianças e adolescentes o convívio com os entes de sua família, devendo ser garantida essa relação pela família, pela sociedade e pelo Estado.

Da mesma forma, foi resguardado pela Convenção dos Direitos da Criança em seu artigo 9.3, que infantes com pais separados possuem o direito de manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos os genitores, a menos que isso seja contrário ao seus interesses. (BRASIL, Decreto nº 99.710/1990).

Ressalta-se que a convivência torna-se essencial à medida que diminui o impacto do desfazimento do vínculo conjugal dos pais nos filhos, verificando o menor que o carinho e companheirismo ainda o une a ambos os genitores. Esse sentimento de segurança repercute em toda a sua formação. Para Wladimir Paes Lira:

O direito da criança e do adolescente à convivência familiar é um direito fundamental, e como tal, uma necessidade básica, já que é na família, como primeiro agrupamento de inserção do indivíduo, que se estabelece a primeira relação de afeto, sobre a qual se apóia todo o desenvolvimento posterior do indivíduo, dando unidade à sua personalidade. (2010, p. 544).

Nesses termos, percebe-se a estreita ligação da convivência familiar com o afeto, sentimento que une todos os entes de uma família e que assegura, da mesma forma, o bom desenvolvimento pessoal, social e psicológico de cada membro da entidade familiar. Logo, percebe-se que a afetividade embasa o direito à visitação de pais e filhos.

O princípio da afetividade interliga-se às relações de afeto e encontra-se assegurado de forma implícita na Constituição Federal. A respeito manifesta-se Paulo Lôbo ao assinalar que a convivência familiar (e não biológica) assegurada à criança e a adolescentes no artigo 227 tem ligação com constitucionalização do princípio da afetividade. (2007, p. 48).

Percebe-se, portanto que a constitucionalização da convivência familiar traz implícita a tipificação do princípio da afetividade, visto que o legislador pretende garantir ao infante e seus genitores o contato e companheirismo como forma de resguardar os laços afetivos que os envolvem naturalmente, haja vista a relação paterno e materno-filial.

Para Maria Berenice Dias, o reconhecimento jurídico do afeto nada mais é do que o claro objetivo de garantir a felicidade como um direito a ser alcançado, e a afetividade é o princípio norteador do direito de família. Entende a doutrinadora que os sentimentos que envolvem os entes familiares, bem como o amor que os une, são fortes e merecem ser resguardados, justificando-se, assim, a motivação legislativa em garantir constitucionalmente a convivência e afetividade familiar. (2007, p. 68).

Paulo Lôbo pontua sobre a afetividade:

Demarcando seu conceito, é o princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico. Recebeu grande impulso dos valores consagrados na Constituição Federal de 1988 e resultou da evolução da família brasileira [...]. (2008, p. 47).

Ilustrativo do exposto é decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em ação de visitas relacionada a uma entidade familiar homoparental, na qual entendeu a corte que afetividade é merecedora de tutela e que, no caso em tela, o afeto e a ligação amorosa entre a genitora recorrida e o infante imputam a notoriedade da filiação:

FILIAÇÃO HOMOPARENTAL. DIREITO DE VISITAS. Incontroverso que as partes viveram em união homoafetiva por mais de 12 anos. Embora conste no registro de nascimento do infante apenas o nome da mãe biológica, a filiação foi planejada por ambas, tendo a agravada acompanhado o filho desde o nascimento, desempenhando ela todas as funções de maternagem. Ninguém mais questiona que a afetividade é uma realidade digna de tutela, não podendo o Poder Judiciário afastar-se da realidade dos fatos. Sendo notório o estado de filiação existente entre a recorrida e o infante, imperioso que seja assegurado o direito de visitação, que é mais um direito do filho do que da própria mãe. Assim, é de ser mantida a decisão liminar que fixou as visitas. Agravo desprovido. (SEGredo DE JUSTIÇA) (Agravo de Instrumento Nº 70018249631, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 11/04/2007).

Ademais, o convívio é benéfico para o menor tendo em vista que manterá contato com o genitor que não possui sua guarda, inexistindo espaço para sentimentos de exclusão e esquecimento, pois percebe o infante o quanto é importante e amado no seio de sua família.

Entretanto, não consistem somente na visitação os direitos e deveres do genitor não guardião no curso da guarda unilateral, consoante artigo 1.583, §3º, visto que o pai ou a mãe que não detenha a guarda é obrigado(a) a supervisionar os interesses dos filhos. Nesses termos, percebe-se que é resguardado ao genitor visitante o acompanhamento dos direitos e interesses dos filhos, bem como seu desenvolvimento saudável no curso da guarda unilateral. A respeito Paulo Lôbo leciona:

A fiscalização do exercício da guarda, por parte do não guardião, é direito e dever, no superior interesse do filho. A manutenção diz respeito a tudo que envolve as necessidades vitais do filho, como nutrição adequada, cuidados com a saúde física e mental, lazer, brinquedos. (2008, p. 174).

Caberá ao genitor visitante, não obstante a fiscalização do desempenho do guardião, objetivando o melhor interesse de seu filho, acompanhar sua educação, sua saúde, suas amizades, atendendo a todas as suas necessidades e verificando se a guarda realmente está cumprindo sua finalidade. No caso de verificação do mau desempenho do guardião, de abusos ou desvio da finalidade da guarda, poderá o genitor visitante requerer a reversão da guarda ou alteração do modelo, desde que comprovados os malefícios ao infante.

Assim, constata-se que o genitor não guardião possui direitos e deveres a serem observados no desempenho da guarda pelo outro, consistindo o direito à visitação e convivência em uma prerrogativa de pais e filhos. Da mesma forma é estendido aos demais parentes que possuem com o menor laços de afeto, tendo em vista que essa ligação com os entes familiares beneficia o menor e ajuda no seu desenvolvimento pessoal, social e psicológico.

B) Aos demais familiares

Após sucinta explanação sobre os princípios constitucionais da convivência e da afetividade, garantidores da manutenção do convívio entre pais e filhos no exercício da guarda unilateral, verifica-se a extensão desses direitos, pela doutrina e pela jurisprudência, aos demais parentes com quem o menor desenvolveu laços de afeto, resguardando aos avôs, tios e irmãos o direito de conviverem com o menor, visto que possuem laços de carinho e afeição para com o infante.

Estabelecem esses princípios que os entes da família possuem direito a conviver; os filhos possuem o direito de manter contato com os pais, com os irmãos, avós e tios, e, da mesma forma, os genitores e demais membros da família possuem o direito de manter contato com o menor. Assim, verifica-se que decisões ou atos que impeçam essa ligação afetiva ferem substancialmente esse princípio. Nesses termos, Paulo Lôbo explica que o

infante tem direito a conviver com cada membro de sua família, não podendo o genitor guardião impedir esse acesso, sob pena de violar o princípio constitucional da convivência, garantido como direito fundamental das crianças e dos adolescentes. (2008, p. 53).

Ademais, é de extrema importância para o desenvolvimento psicológico, social e pessoal do menor conviver com os membros de sua entidade familiar, formando-se em uma estrutura sólida e amorosa, pois, assim, sente-se protegido e amado por todos os parentes. Constatase, ainda, que a companhia dos demais familiares reduz o impacto produzido no filho com a dissolução do relacionamento dos pais. Maria Berenice Dias afirma a aplicabilidade do direito de convivência aos demais parentes:

O direito de visitas não encontra limites entre pais e filhos. Quanto mais se reconhece a importância da preservação dos vínculos afetivos, vem se desdobrando o direito de visitas também aos parentes outros. Assim, avós, tios, padrastos, padrinhos, irmãos etc. podem buscar o direito de conviver com crianças e adolescentes quando os elos da afetividade existentes merecem ser resguardados. (2007, p. 398).

No mesmo sentido preleciona Sílvio de Salvo Venosa ao registrar que outros parentes que se encontrem emocionalmente ligados ao menor devem ter resguardados seus direitos à visitação, devendo o juiz observar e conceder a esses o direito à convivência com o infante. (2010, p. 200).

Paulo Lôbo, seguindo essa corrente, preleciona:

O direito a companhia não exclui o direito do filho menor de manter a relação afetiva com os avós, constituindo abuso do poder familiar sua vedação; várias decisões têm, com razão, estendido aos avós o direito de visitar e estar com os netos. (2008, p. 158).

Ainda nesse sentido, menciona Carlos Roberto Gonçalves sobre o enunciado 333 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal que o direito de visitas pode ser estendido aos avós e pessoas com as quais a criança ou adolescente mantenha vínculo afetivo, atendendo ao seu melhor interesse. (2010b, p. 293).

Da mesma forma, já bateu às portas do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná uma ação de regulamentação de visitas pela qual os avós paternos litigaram para adquirir o

direito de conviver com a neta. Nessa, foi mantida a decisão de primeiro grau para fixar de forma quinzenal e durante os finais de semana as visitas avoengas. Ressalta-se que se insurgia a mãe contra a visitação sob a alegação de que era prejudicial para a menor o contato com os avôs. Entretanto, decidiu a corte que as visitas certamente seriam favoráveis à menor, ajudando em seu desenvolvimento:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. FIXAÇÃO DE DIREITO DE VISITAS EM FAVOR DOS AVÓS PATERNOS A SER EXERCIDO QUINZENALMENTE EM FINAIS DE SEMANA ALTERNADOS. INSURGÊNCIA DA MÃE, SOB ALEGAÇÃO DE QUE AS VISITAS PREJUDICAM A EVOLUÇÃO DO TRATAMENTO PSICOLÓGICO, REALIZADO PELO INFANTE, QUE POSSUI TDAH. PRETENSÃO DE SUSPENSÃO OU REDUÇÃO DO DIREITO DE VISITAS. DESCABIMENTO. PROVAS QUE DEMONSTRAM A AUSÊNCIA DE ASSOCIAÇÃO ENTRE OS PROBLEMAS APRESENTADOS PELO MENOR E A CONVIVÊNCIA COM OS AVÓS PATERNOS. PELO CONTRÁRIO, AS VISITAS PODEM, INCLUSIVE, AUXILIAR EM MUITO O SEU DESENVOLVIMENTO. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO DESPROVIDO. (Agravado de instrumento nº. 16489, 11ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Paraná, Relator: Augusto Lopes Cortes, julgado em 16/06/2010).

Da mesma forma, decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul sobre processo de guarda em que a mãe dificultava contato da menor com o pai e a avó materna majorou o direito de visitas dos agravantes por entender que o convívio com ambos é de extrema importância para a infante:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. BUSCA E APREENSÃO DE MENOR. PEDIDO DE GUARDA. As alegações do pai e da avó materna de que a menor está sofrendo maus-tratos e abuso sexual na casa da genitora, principalmente após a recente avaliação social, não se comprovaram. Entretanto, demonstrado que a mãe está dificultando o contato entre a neta e a avó e considerando que, segundo o laudo social, esse contato é importante para menor, é adequada a majoração do direito de visitas dos agravantes. DERAM PARCIAL PROVIMENTO. (Agravado de Instrumento Nº 70024978926, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 13/11/2008).

Ressalta-se ainda, que tramita um projeto de lei proposto pela senadora Kátia Abreu, de nº. 692/2007, que pretende acrescentar parágrafo ao artigo 1.589 do Código

Civil e modificar o artigo 888¹⁸ do Código de Processo Civil, para assegurar aos avôs o direito de visita aos netos. O projeto está tramitando e atualmente se encontra na Câmara de Deputados, à qual foi remetido para revisão.

Assim, constata-se a garantia pela doutrina e pela jurisprudência do convívio entre o menor e os demais parentes com quem possui laços de afeto, por ser necessário para a perfeita formação do infante. Ademais, verifica-se ainda a extensão aos demais parentes da obrigação de fiscalização do desempenho da guarda pelo genitor guardião, objetivando resguardar os interesses do menor.

Concedendo-se, portanto, aos parentes o acompanhamento dos interesses do menor na execução da guarda unilateral, dever primordialmente conferido ao genitor que não possui a guarda, entretanto estendido aos demais parentes, haja vista constituir garantia da aplicação do melhor interesse do infante. Constata-se, assim que todos os familiares possuem direito de conviver com o menor, bem como a obrigação de fiscalizar sua manutenção e garantir seus interesses de forma primordial.

Percebe-se, assim, que a extensão dos princípios constitucionais da convivência e da afetividade familiar, bem como a obrigação da fiscalização da guarda aos demais parentes consagra o bem-estar de todos os entes familiares e proporciona o melhor interesse da criança e do adolescente, tanto nas ações de guarda e visitação como em todas as que se relacionem a questões familiares.

Embora seja nesse sentido que se devam guiar o exercício da guarda dos filhos e direito de visitação, têm-se constatado casos nos quais se desvirtuam os direitos conferidos aos genitores e demais parentes, verificando-se que estes, não raras vezes, abusam dos direitos concedidos, causando malefícios à prole, que é a maior vítima dos excessos. Nesse sentido, passa-se a explanar casos de abusos cometidos pelos genitores e familiares no desempenho da guarda unilateral, exemplificando por meio da jurisprudência e da doutrina

¹⁸ Art. 888. O juiz poderá ordenar ou autorizar, na pendência da ação principal ou antes de sua propositura:

- I - obras de conservação em coisa litigiosa ou judicialmente apreendida;
- II - a entrega de bens de uso pessoal do cônjuge e dos filhos;
- III - a posse provisória dos filhos, nos casos de separação judicial ou anulação de casamento;
- IV - o afastamento do menor autorizado a contrair casamento contra a vontade dos pais;
- V - o depósito de menores ou incapazes castigados imoderadamente por seus pais, tutores ou curadores, ou por eles induzidos à prática de atos contrários à lei ou à moral;
- VI - o afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal;
- VII - a guarda e a educação dos filhos, regulado o direito de visita;
- VIII - a interdição ou a demolição de prédio para resguardar a saúde, a segurança ou outro interesse público.

situações que alcançaram os excessos, entretanto vastos são os demonstrativos e raras são as punições, tendo em vista tratar-se de exercício aparente de direito.

2.3 A identificação dos abusos do direito de guarda e visitação

Com base em toda a explanação traçada, verifica-se que, teoricamente, a guarda é concedida ao genitor que reúne o maior número de prerrogativas para o exercício do instituto, consistindo na gerência responsável da vida do filho, sempre respeitando o infante e observando o seu desenvolvimento psicológico, social e pessoal.

Da mesma forma, é sabido que com a fixação da guarda unilateral surgem as figuras do guardião, genitor que irá administrar a vida do infante, e do genitor que não possui a guarda, pai/mãe a quem será concedido o direito de visitação e convivência. Pela doutrina e pela jurisprudência tem sido estendido aos demais parentes o direito de companhia com o menor, garantindo-se a esses o contato com o infante, em razão dos laços de afeto que os une.

Entretanto, por diversas vezes constata-se que os familiares passam a se valer de um poder de gestão supranormal. Sentindo-se invioláveis, começam a regradar a vida do infante, ou a extrapolar o direito de convivência, de forma abusiva, objetivando garantir o benefício próprio. Assim, deixam de lado os interesses do menor e passam a tomar atitudes excessivas, percebendo-se nessas situações a aplicação do instituto do abuso do direito.

Nesses termos esclarece Roberta Mercantônio:

É tênue a demarcação existente entre o regular desempenho da guarda e o seu exercício abusivo, que é dificilmente detectado e raras vezes comprovado e punido, eis que está abrigado em preceito legal, legitimador e absoluto de práticas que causam prejuízo irreparável à criança e ao adolescente, cuja a guarda se exerce sem que seu interesse seja colocado em primeiro lugar. (2010, p. 55).

Verifica-se, contudo, a dificuldade de se evidenciarem os abusos de direito dos genitores e demais parentes, tendo em vista que esses organizam os fatos baseados em

aparente direito de guarda e visitação. Assim, passa-se a explicar sobre os excessos cometidos pelo genitor guardião, visto tratar-se de abuso, pois o pai ou a mãe vale-se do encargo conferido para privar a convivência da prole com os demais parentes, incluindo o genitor não guardião.

Motivado por um sentimento de vingança e rancor, ou até mesmo de medo, o guardião abusa do seu direito de gestão com o objetivo de estancar a convivência da prole com o pai/mãe abusado ou demais parentes. Desse modo, privilegiando seus objetivos em detrimento dos do filho, ele transforma a criança ou adolescente em um instrumento de confronto.

Por meio da jurisprudência e da doutrina tem-se passado a identificar casos corriqueiros de abuso do direito de guarda, verificando-se em situações concretas os malefícios ocasionados a todos os entes da família, tendo em vista que os excessos cometidos pelo guardião repercutem de forma negativa na estrutura familiar, abalando o infante, o genitor visitante, o próprio possuidor da guarda e os demais parentes ligados à criança ou adolescente pelos laços de afeto.

Desrespeitando totalmente os princípios do melhor interesse da criança e adolescente, princípio da convivência e princípio da afetividade, o genitor guardião desenvolve teorias e armações com o propósito de privar a convivência da prole com os demais entes familiares. Um caso corriqueiro e de visível constatação é a privação do convívio paterno ou materno-filial, obstaculizando a efetivação das visitas na medida em que, o guardião, motivado por ciúme e sentimentos egoístas, cria situações com o objetivo de separar a prole dos demais familiares. Nesse sentido, Roberta Mercantônio ilustra com alguns exemplos: “Impedir as visitas dizendo que a criança está doente, ou que foi ao aniversário de alguma amiga ou simplesmente não quer ir com o pai (ou com a mãe), são possivelmente as formas mais corriqueiras de abuso cometido pelo guardião”. (2010, p. 57).

Outro exemplo de estancamento da convivência do pai/mãe visitante e a prole é a liberação pelo guardião do comparecimento do infante à escola, tendo em vista que é dia do genitor não guardião buscar o filho, frustrando, por conseguinte, o encontro; ou então, desculpas como doença, indisposição, cansaço e programação anteriormente marcada com amiguinhos. Ressalta a doutrinadora citada que esses pretextos, se utilizados de forma reiterada, acabam desestimulando os familiares, que em muitos casos chegam de outra cidade para visitar o infante. Como resposta, os visitantes passam a abdicar da convivência

com a criança ou adolescente, ou então, agindo de forma positiva, procuram a efetivação de seu direito por via judicial (MERCANTÔNIO, 2010, p. 57).

Essa situação atinge principalmente o menor, que muitas vezes encontra-se alienado ao ocorrido e passa a se sentir desolado e excluído pelo pai/mãe não guardião, avós, tios ou irmãos. Nesses termos, Roberta Mercantônio descreve o sentimento que abate o infante:

[...] nos casos de abuso este incentivo é negado e muitas vezes as visitas não são permitidas, o que causa frustração e desgosto à criança, que se sente rejeitada e desprezada, por acreditar que é o pai ou os seus familiares que não buscam a sua companhia. (2010, p. 56).

De forma contrária, a criança percebe a situação e constata sua supervalorização, iniciando um jogo com o qual passa a manipular os familiares em troca de convivência, atingindo as fraquezas dos genitores, avós, tios e irmãos. Essa atitude se reflete na total desestrutura psicológica da família, demonstrando a instabilidade dos genitores e demais familiares em relacionar-se com o infante, que passa a gerenciar a situação, tendo em vista o domínio psicológico que possui sobre os membros de sua família, desencadeando, por conseguinte, mais turbulência nas relações de guarda.

Constata-se que o abuso desencadeia todo um abalo familiar, repercutindo nas atitudes dos demais membros familiares que se sentem privados do direito de conviver com o infante e travam, por diversas vezes, uma batalha sentimental ou até mesmo judicial com o genitor guardião. Essas desavenças repercutem diretamente no menor, configurando, assim, a violação de todos os princípios que resguardam o bem-estar da criança e do adolescente.

O direito à convivência, consoante já explanado, é um direito assistido primordialmente ao filho, haja vista que reforça as ligações paterno e materno-filiais, é um direito que pertence à prole e ao genitor não guardião, estendendo-se aos demais parentes, consagrando os vínculos de afeto entre esses. Maria Berenice Dias explica a respeito: “Fundamenta-se em elementares princípios de **direito natural**, na necessidade de cultivar o afeto, de firmar os vínculos familiares à subsistência real, efetiva e eficaz”. (2007, p. 398). (grifo da autora). Para a doutrinadora, não raro a guarda unilateral constitui-se em um

cenário repleto de abusos, haja vista a desproporção de direitos e prerrogativas inerentes ao genitor guardião e aos demais familiares. (2007, p. 398).

Nesse mesmo sentido, verifica-se o excesso empreendido pelo guardião quando obstaculiza a efetivação da convivência do infante com os demais membros de sua família, visto que prejudica a todos interferindo nos laços de afeto que os une. Nesses termos, Roberta Mercantônio pontua:

O genitor guardião deve proporcionar e incentivar o convívio do filho com o genitor que não detém a guarda e também com os demais familiares, avós, tios e primos; contudo, nos casos de abuso este incentivo é negado e muitas vezes as visitas não são permitidas. (2010, p. 56).

Constatando-se os excessos empregados pelo genitor que possui a guarda quando obstaculiza os encontros do menor com o genitor que não a possui, bem como com os demais parentes, visto que visualiza somente o benefício próprio, deixa de lado o melhor interesse de seu filho e age, assim, de forma contrária ao esperado quando da fixação da guarda.

Outra forma de abuso do direito de guarda pelo genitor guardião é constatado na alteração de domicílio visando ao distanciamento entre a prole, o genitor visitante e demais parentes. Esse tema já foi assunto de um projeto de lei, segundo Roberta Mercantônio, de iniciativa do deputado Paulo Baltazar, de nº. 6.937/2006, o qual foi arquivado. Em sua justificativa o político manifestava a alteração de domicílio como uma atitude interligada à má guarda dos filhos e que por diversas vezes é ocasionada pelo genitor como vingança e capricho, trazendo malefícios ao menor e ao genitor visitante. (2010, p. 58).

Com a promulgação da lei que dispõe sobre a síndrome da alienação parental, nº. 12.318/2010, entre os casos elencados como caracterizadores do distúrbio encontra-se a mudança de domicílio para local distante, sem justificativa e objetivando dificultar a convivência da criança e adolescente com o outro genitor, familiares ou avós.

Ressalta-se, entretanto, a dificuldade em se constatar o motivo da alteração de residência, visto que as pessoas são livres para buscar melhores oportunidades, não podendo o domicílio ou a guarda limitar a vida do guardião. Nestes termos refere Roberta Mercantônio:

As pessoas podem alterar com liberdade os seus domicílios, seja em razão da busca por melhores oportunidades de trabalho, por motivo de saúde, para ficar mais próximo de outros familiares que necessitam da companhia em razão da idade avançada, entre outros diversos e justificados motivos para a alteração de domicílio [...]. (2010, p. 58).

No mesmo sentido já se manifestou o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul quando bateu à sua porta situação de alteração de residência materna em que restou comprovada a alteração de cidade em busca de melhores condições profissionais. No caso decidiu a corte não ser caso de destituição de guarda:

GUARDA DE FILHO. PEDIDO DE ALTERAÇÃO. GENITORA QUE SE MUDA PARA OUTRO ESTADO COM AS FILHAS. 1. As mudanças de guarda são sempre traumáticas e devem ser evitadas tanto quanto possível, pois com ela mudam também todos referenciais da criança, correndo-se o risco de comprometer-lhe o equilíbrio emocional. 2. Não havendo superveniência de motivo grave para determinar a alteração da guarda, devem as filhas permanecer sob a guarda materna, com quem já residem. 3. O direito de guarda não impede a genitora-guardiã de deliberar acerca de sua vida e buscar o seu espaço profissional onde melhor lhe aprouver, sendo que a mudança de cidade, motivada por interesse profissional, não enseja alteração de guarda. 4. Ausentes o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, descabe conceder a tutela cautelar em sede liminar. Recurso desprovido. (Agravo de Instrumento N° 70015785090, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 23/08/2006).

Como fundamento para a manutenção da guarda, a decisão prolatada baseia-se nos argumentos de que a mudança de guardião sempre é traumática para a prole e deve ser evitada quando possível, bem como de que no caso concreto não se configurava a intenção materna de separar o pai dos filhos, e, sim, a alteração de domicílio buscando a melhoria profissional.

Entretanto, deve ser observado em cada caso em particular a situação que ensejou a alteração de residência. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro decidiu em favor do pai que comprovou a alteração de residência pela matriarca com o único objetivo de separá-lo de seus filhos, sendo convertida a busca e apreensão de menor em multa pecuniária, medida que foi adotada com o objetivo de garantir a efetividade da tutela jurisdicional:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE GUARDA. DEFERIMENTO DE GUARDA PROVISÓRIA AO GENITOR. MUDANÇA DE DOMICÍLIO DA GENITORA PARA OUTRO ESTADO DESTA JURISDIÇÃO. BUSCA E APREENSÃO DEFERIDA. RECONSIDERAÇÃO. CONVERSÃO DA MEDIDA CAUTELAR EM MULTA PECUNIÁRIA. INCABÍVEL APLICAÇÃO DE MULTA NO CASO DE GUARDA DE MENOR. ADOÇÃO DE MEDIDA PARA GARANTIR A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICCIONAL. DECISÃO REFORMADA. RECURSO PROVIDO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Agravo de instrumento nº. 0028354-84.2010.8.19.000 de Rio de Janeiro, Relator Des. Sebastião Bolelli, décima quinta câmara cível, data 02/09/2010).

Verificando-se, assim, a constatação de abuso do direito quando alterada a residência da prole por seu guardião com o objetivo de distanciamento do outro genitor, tem sido concedida guarda provisória ao genitor visitante e fixada sanção para a atitude do guardião, visto que, segundo a corte, isso garantirá maior efetividade da medida.

Segundo a lei que dispõe sobre a síndrome da alienação parental, a mudança de domicílio com a intenção de distanciar o menor e seus entes familiares é grave e enseja punição. No mesmo sentido, Roberta Mercantônio posiciona-se a respeito tecendo considerações acerca de outra forma de sanção para os casos de alteração de residência com objetivo de distanciamento paterno-filial:

Se for constatado que a mudança de domicílio não preservou o melhor interesse do filho, ou, de forma ainda mais grave, teve por finalidade impedir ou dificultar o direito de visitas, pode ser determinado o desfazimento do ato, com o restabelecimento do domicílio de origem, ou seja, a sanção direta do ato abusivo. (2010, p. 58).

Constata-se que abusa do seu direito de guarda o genitor que altera a residência da família sem observar o melhor interesse do infante, ou, ainda, quando possui a finalidade de estancar o vínculo de convivência da prole com os demais familiares, haja vista que a mudança da estrutura diária do filho, bem como a alteração da escola e do habitat onde estava acostumado, gera transtornos ao menor.

Os exemplos mencionados configuram-se em abusos cometidos pelo guardião no exercício do encargo, constatando-se a prioridade dada por este aos próprios interesses em detrimento dos do infante. Entretanto, verifica-se que a aplicação do instituto do abuso do direito não se dá somente nos atos do genitor que possui a guarda, mas, sim, em atos de

todos os familiares que possuem direito de visitação e convivência quando da fixação da guarda unilateral. Nesse sentido, passa-se a identificar no novel instituto da síndrome da alienação parental casos de aplicação do instituto do abuso do direito por qualquer dos familiares.

A síndrome da alienação parental consiste em abuso de direito em grau máximo, haja vista que, além de o alienante agir somente em benefício próprio, causa transtornos psicológicos ao menor, o qual irá carregar para o resto da vida resquícios desses abusos, visto que se integram na sua formação.

Consiste a síndrome da alienação parental em implantações maléficas no menor de idéias sobre qualquer dos genitores, objetivando que a prole crie aversão ao pai/mãe alienado com a finalidade de separá-los. Ressalta-se que podem figurar como alienantes os genitores, avós ou quem detenha o menor sobre sua autoridade. Conforme Roberta Marcantônio:

A Síndrome da Alienação Parental pode ser definida como um transtorno psicológico caracterizado por sintomas pelos quais um dos pais age com intuito de transformar a consciência de seu filho, através de diferentes formas de atuação, se valendo da confiança e da dependência da criança, com a finalidade de prejudicar ou até mesmo extinguir seus vínculos e relacionamento com o outro genitor, sem a existência de qualquer justificativa para estas atitudes. (2010, p. 76).

Para a doutrinadora citada, “a Síndrome da Alienação Parental é identificada como uma forma gravíssima de abuso contra a criança, fragilizada pelo conflito existente entre seus pais e absolutamente suscetível à influência de um deles”. (2010, p. 77). Este caso de abuso é constatado geralmente em atitudes do genitor guardião, visto que se utiliza da dependência filial e do contato diário com a prole como forma de incentivar o distanciamento deste com o genitor visitante. Entretanto, tal situação não serve como regra, haja vista que atos dos parentes visitantes, mesmo que de forma esporádica, caracterizam-se também como alienação parental.

Com o advento da lei 12.318/2010, que dispõe sobre a alienação parental, ficou mais perceptível a exemplificação de condutas alienantes. A lei expõe exemplos claros, quais sejam: 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 a convivência deles com a criança ou adolescente.

Em caso de constatação de qualquer das atitudes acima elencadas, está incidindo o alienante em alienação parental e, por consequência, em abuso de direito. Nesse sentido, Roberta Mercantônio destaca sobre a modalidade de denúncia falsa de crime:

Uma das formas de tentativa do guardião romper os vínculos da criança com o genitor através da alienação parental, decorre de falsas denúncias de abuso sexual contra a criança, porquanto a prova desta prática é limitada, muitas vezes ao confronto da palavra de um adulto com a de uma criança. (2010, p. 78).

Essa modalidade de alienação parental já chegou às portas do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, quando foi decidido pela corte que as denúncias de abuso sexual não haviam restado comprovadas, alertando o julgador para possível caso de síndrome de alienação parental:

DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. ABUSO SEXUAL. SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL. Estando as visitas do genitor à filha sendo realizadas junto a serviço especializado, não há justificativa para que se proceda a destituição do poder familiar. A denúncia de abuso sexual levada a efeito pela genitora, não está evidenciada, havendo a possibilidade de se estar frente à hipótese da chamada síndrome da alienação parental. Negado provimento. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Agravado de Instrumento Nº 70015224140, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 12/07/2006).

Ressalta-se que, no decorrer desses procedimentos abusivos, as mentiras passam a se confundir com a verdade, e o alienante passa a acreditar nas invenções que tramou, dominando da mesma forma o menor, que passa a crer cegamente na existência dos fatos.

A síndrome da alienação parental interfere substancialmente no psicológico do menor, que passa a repudiar o genitor alienado, estancando, por conseguinte, os laços de

afeto e de convivência entre os mesmos, os quais são de extrema importância para a criança e o adolescente.

Roberta Mercantônio alerta sobre a caracterização da síndrome da alienação parental como abuso do direito e todos os malefícios que causa ao menor e ao genitor alienado:

A indisposição da criança com relação a um dos genitores, como efeito da alienação cometida pelo outro, em nada ajuda á consecução dos objetivos da integração da pessoa humana no meio familiar e social. Muito pelo contrário: A alienação parental merece rejeição e censura porque é forma de abuso no exercício do poder familiar, além de constituir afronta aos direitos do outro genitor e desrespeito aos direitos de personalidade do filho em fase de desenvolvimento físico e moral. (2010, p. 232).

Constatando-se a síndrome da alienação parental como caso de abuso de direito, podem figurar no polo ativo todos os familiares que possuem direito de convivência com a prole, servindo de exemplo excessos dos genitores e demais parentes, ressaltando-se que a maior vítima é sempre o infante.

Na mesma corrente, constatam-se casos corriqueiros de abuso de direito de visitação, pois o genitor ou demais parentes utilizam o direito á convivência com o menor para causar transtornos ao genitor guardião ou auferir benefício próprio. Há, por outro lado, excesso por parte dos visitantes quando exercem o direito de convivência em dias não determinados e atrasando na entrega do menor, ou ainda, quando abandonam o infante, não procurando sua companhia.

No caso do exercício indevido do direito à visitação, os parentes visitantes cumprem os encontros de forma equivocada, haja vista não observarem os horários e dias estabelecidos para a busca e entrega do menor. Assim agindo, ocasionam inúmeros malefícios ao infante e ao genitor guardião, visto que chegam para visitar o infante em dias impróprios ou frustram a espera do guardião na chegada do filho quando não exercem a devolução da criança ou adolescente no horário estabelecido.

Sobre a prerrogativa da visitação concedida a pais não genitores e demais parentes, manifesta Silvio de Salvo Venosa que “nem sempre os pais exigem esse direito sob prisma da proteção e afeto dos filhos, mas como forma de espicaçar o outro cônjuge”. (2010, p. 201). Percebe-se que nestes casos, em que as visitas são cumpridas sem um padrão de

efetividade, a intenção do visitante é diversa da do bem-estar do menor, mas favorável à desordem sentimental de todos os familiares.

No caso do cumprimento das visitas de forma desorganizada, constata-se a alteração da rotina do menor, o que não é indicado; ademais, na fixação dos dias para a visitação foram analisadas as datas e os horários mais próprios para os infantes, não devendo os encontros ser realizados de forma desordenada, pois prejudicam os compromissos e a organização do seu dia. Neste sentido, afirma Maria Berenice Dias que não consiste em um direito, mas, sim, em obrigação o cumprimento dos horários de visitação. (2007, p. 404).

Verificam-se os transtornos ocasionados ao infante e ao genitor guardião quando as visitas são desenvolvidas em desacordo com o estabelecido no acordo ou na sentença que decidiu sobre as visitas. Entretanto, o abuso pode ocorrer de forma mais grave, como quando ocorre a retenção do menor no dia da devolução. Nesses casos, os transtornos são mais ameaçadores e por diversas vezes necessita o guardião do Judiciário para ver o retorno do infante ao lar. Assim, complementa Maria Berenice Dias sobre a ação de busca e apreensão como forma de resgate da criança ou adolescente:

Quando as visitas ocorrem na residência do genitor não guardião, não raras vezes ele deixa de trazer de volta o filho no dia e horários designados. Tal omissão dá ensejo ao uso da ação de busca e apreensão. Nessa hipótese não se trata de **demanda cautelar** a exigir a propositura de ação principal oportunamente, uma vez que a guarda já se encontra definida. A ação é **satisfativa** e se exaure com o cumprimento da medida liminar. (2007, p. 406). (grifo da autora).

Embora traumática e agressiva, essa medida é adotada por julgadores, consoante decisão prolatada pelo Tribunal de Justiça gaúcho ao determinar a busca e apreensão de menor retido indevidamente pelo pai no dia do retorno à casa da guardiã após visitação:

BUSCA E APREENSÃO DE MENOR. GUARDA LEGAL DEFERIDA A MÃE. ACORDO DE VISITAS VIOLADO PELO PAI. A violação do acordo de visitas, com a retenção indevida do menor, configura abuso de direito por parte do pai, sanável pela via da busca e apreensão, permitindo seja restituído à mãe, detentora da guarda legal. DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Agravado de Instrumento Nº 70008335481, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 07/04/2004).

Ressalta-se que essa detenção imprópria prejudica o menor que percebe alteração em seu cotidiano e passa a se sentir deslocado. Ademais, ele não reconhece se a situação é definitiva ou temporária, assustando-se com a ausência do guardião. Roberta Mercantônio manifesta que os abusos do direito de visitas com a retenção indevida da criança ou adolescente gera transtornos psíquicos ao infante, visto que esta repentina mudança de rotina abala o menor, que passa a se sentir inseguro com as novas mudanças e a ausência do guardião. (2010, p. 60).

Analisa-se que, quando ocorre a fixação da guarda unilateral, observam-se requisitos para a escolha do genitor que irá desempenhar a guarda, bem como os dias pertinentes para o exercício do direito de visitas pelos demais familiares. Logo, constituem-se em abuso de direito as visitas desempenhadas em desconformidade com o acordado ou determinado pelo magistrado, pois prejudicam principalmente o infante, pessoa em desenvolvimento que deve ter garantidos todos os seus direitos.

Nessa onda de abusos, menciona-se outra forma de excesso que pode ser cometida pelos parentes visitantes, nos casos em que abandonam os laços afetivos que possuem com o menor, entendendo que a separação dos pais desfaz da mesma forma a relação familiar com o infante. Nesses casos, os visitantes analisam o guardião como único responsável pelo menor, abandonando totalmente os laços afetivos que cultivavam com a criança ou adolescente por entenderem que o vínculo se desfez.

Ressalta-se, neste caso, o direito à convivência e à afetividade, princípios constitucionais já estudados e que merecem prioridade de tratamento, visto que garantem ao infante uma formação pessoal, psicológica e social sólida. Portanto, as visitas dos familiares não guardiões são um direito do menor e uma obrigação dos demais parentes.

Essa forma de abuso é traumática e desenvolve no menor o sentimento de exclusão, pois passa a entender o afastamento dos membros de sua família como culpa sua, passando a se sentir uma pessoa desagradável e mal-vinda. Nesses termos, Roberta Mercantônio afirma que os menores possuem o direito de manter contato com genitores e demais familiares, os quais devem dispensar-lhes carinho, afeto, desvelo e amizade, visto que necessários para o seu normal crescimento. (2010, p. 62).

Portanto, o abandono afetivo fere todos os princípios garantidores do desenvolvimento sadio do infante, causando no menor danos irreparáveis, que o acompanharão para o resto da vida, haja vista se incorporarem na personalidade do menor.

A respeito preleciona Maria Berenice Dias: “A falta de convívio dos pais com os filhos, em face do rompimento do elo de afetividade, pode gerar severas **seqüelas psicológicas** e comprometer o desenvolvimento saudável da prole”. (2007, p. 407). (grifo da autora).

A omissão do genitor no cumprimento das obrigações familiares, como o abandono da companhia, produz no infante danos emocionais gravíssimos, que lhe causam insegurança e infelicidade, consoante explica a doutrinadora acima citada quando da ausência do genitor na vida do filho: “Se lhe faltar essa referência, o filho estará sendo prejudicado, talvez de forma permanente, para o resto de sua vida. Assim, a falta da figura do pai desestrutura os filhos, tira-lhes o rumo da vida e debita-lhes a vontade de assumir um projeto de vida”. (DIAS, 2007, p. 407).

Destaca-se que tramita, por iniciativa do senador Marcelo Crivella, projeto de lei visando alterar o Estatuto da Criança e do Adolescente para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal. Sob nº. 700/2007, a iniciativa encontra-se na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa para aprovação. O objeto do projeto consiste em acrescentar ao artigo 5º¹⁹ do Estatuto da Criança e do Adolescente parágrafo único que descreva como conduta ilícita, passível de reparação, ação ou omissão que viole direitos fundamentais da criança ou adolescente, adicionando, ainda, casos de abandono moral.

Por todo o exposto, é notória a necessidade da companhia de todos os familiares para a perfeita formação do menor, consistindo a exclusão do infante do círculo de convivência pelo visitante em abuso de direito, visto que acarreta transtornos psicológicos no menor, que passa a se sentir não bem vindo no seio de sua família.

Verifica-se nos exemplos relacionados, e em todos os argumentos manifestados, a aplicação do instituto do abuso do direito no exercício da guarda e no direito à visitação, tendo em vista que é visível, o exercício das prerrogativas com o único objetivo de beneficiar a si mesmo, prejudicando aos demais. Os parentes que excederem em seus direitos não buscam o bem-estar do infante e da família, deixando de lado o social; visualizam apenas o favorecimento próprio, ocasionando, por consequência, inúmeras conturbações familiares.

Por todo o exposto, constata-se a aplicação do instituto do abuso do direito nas relações de guarda e de visitação pela violação dos limites legais da boa-fé objetiva e da

¹⁹ Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

finalidade social da norma. A boa-fé objetiva trata-se de uma regra que exige comportamento leal, correto e de cooperação entre as partes envolvidas. Age de forma totalmente contrária o parente que excede no direito de convívio e o genitor que abusa do direito de guarda, visto que ferem consubstancialmente este limite estipulado quando da fixação destes direitos.

Para Cristiano Chaves de Farias a boa-fé objetiva e o abuso do direito interligam-se, pois a primeira é utilizada como parâmetro de comportamento visando não atingir o abuso:

O exercício de um direito será irregular e, nesta medida, abusivo se consubstanciar quebra de confiança e frustração de legítimas expectativas. Sendo o uso antifuncional do direito aferido objetivamente, com base no conflito entre a sua finalidade própria e a atuação concreta das partes, é forçoso reconhecer que a constatação do abuso passa, obrigatoriamente, pela análise da boa-fé objetiva. (2010, p. 201).

Complementa o doutrinador que se ultrapassa o limite da boa-fé objetiva, atingindo o abuso do direito, quando se constata um desequilíbrio entre as partes, verificando-se a violação desta demarcação pela constatação da desproporção do exercício dos direitos subjetivos, com o que passa uma parte a auferir superior vantagem em relação à outra, o que se constata nos exemplos mencionados. (2010, p. 201). Há, pois, nos excessos dos familiares a violação do dever de agir consoante a boa-fé objetiva.

Verifica-se que os parentes - genitores, avós, tios e irmãos - não agem de acordo com o que se esperava quando da fixação dos direitos de guarda e visitação, frustrando o valor social disposto e a intenção do legislador quando promulgou a norma. Assim, ocorre a violação de outro limite legal, o da finalidade social da norma. Por darem prioridade aos seus interesses, eles infringem a intenção do legislador ao promulgar a prerrogativa, quais sejam: no direito de guarda, designar o genitor que possuir melhores condições para desempenho do encargo, o qual deve objetivar sempre o melhor interesse da criança e do adolescente, prezando por sua perfeita formação psíquica, social e pessoal; no direito de visita, garantir ao infante a companhia dos demais parentes com quem não convive diariamente, como genitor não guardião, avós, tios e irmãos, os quais devem prezar pelos laços de afeto e companheirismo, visualizando o bem-estar do infante.

Entretanto, nos casos de excessos os parentes revelam em suas condutas uma visão egoísta do direito que lhes foi concedido, deixando de lado os direitos da prole e dos demais familiares envolvidos. Agem, assim, de forma inversa ao esperado pelo legislador, visto que infringem os princípios do melhor interesse da criança e do adolescente, princípio da convivência e da afetividade, pois com seus excessos prejudicam consubstancialmente o infante, a quem deveriam proteger.

Nesse sentido, percebe-se a caracterização do instituto do abuso do direito quando da prática de atos excessivos no exercício de guarda e visitação pelos familiares do infante, como a violação dos limites legais da boa-fé objetiva e da finalidade social da norma. Assim, incide a aplicação do artigo 187 do Código Civil ao exercício abusivo dos direitos concedidos aos familiares quando da fixação da guarda unilateral, devendo, por consequência, ocorrer a responsabilização civil dos parentes arbitrários, conforme autorizado pela legislação pátria.

Torna-se pertinente a elaboração do terceiro capítulo sobre as possíveis sanções a serem aplicadas a cada caso concreto, seja de abusos do guardião, seja dos demais parentes, visando ao estancamento dos excessos e possíveis punições aos familiares abusivos, estudando-se cada alternativa, assim como sua eficácia.

3 PREVENÇÃO OU REPRESSÃO: SANÇÕES CÍVEIS NO ÂMBITO DO DIREITO POSTO

Consoante explanação traçado no primeiro capítulo, majoritário entendimento doutrinário compreende que não constitui o instituto do abuso do direito ato ilícito, visto que o abuso do direito versa sobre excesso empregado na utilização do direito subjetivo, pois ultrapassa a finalidade concentrada na norma, embora amparado pelo ordenamento jurídico, e o ato ilícito configura-se com a violação do ordenamento jurídico, ou seja, a conduta não está em conformidade com o direito objetivo.

Entretanto, para o legislador ambos se confundem, visto que, ao tipificar o ato ilícito, dispõe no artigo 186 do Código Civil que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Seguindo o mesmo raciocínio, dispõe no artigo 187 do mesmo *codex* que “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”. (BRASIL, 2010, p.161).

Assim, constata-se a não diferenciação de ambos os institutos para o legislador, que compreende que se complementam, englobando as sanções por ato ilícito as condutas realizadas por abuso do direito. Nesse sentido, quando aborda a responsabilidade civil, a legislação pátria garante no artigo 927 do Código Civil que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Ressalva no parágrafo único que “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. (BRASIL, 2010, p. 212).

Assim, percebe-se que aquele que comete abuso do direito está obrigado a reparar seus atos se prejudicar de alguma forma outrem, como esclarece Fábio Ulhoa Coelho: “Disso decorre, entre outras implicações, a responsabilidade civil do titular do direito abusivamente exercido pelos danos a que deu causa”. (2010a, p. 330). Da mesma forma, complementa Maria Helena Diniz que aquele que exercer seu direito além do permitido e, por consequência, causar dano a terceiros fica obrigado a reparar, (2010b, p. 589). Também Arnaldo Rizzardo: “Sempre que verificada hipótese que excede os limites do

tolerável, é reconhecida a responsabilidade, obrigando-se o autor do abuso a indenizar os prejuízos”. (2007, p. 513).

Portanto, é devida a reparação dos danos pelo titular do direito que excedeu sua prerrogativa, entendendo-se ainda que a responsabilização por abuso do direito deve ser analisada e aplicada consoante melhor se enquadrar nos danos e abusos cometidos, para que possa ocorrer precisa reparação. Carlos Roberto Gonçalves descreve algumas das sanções aplicáveis aos casos de abuso do direito:

As sanções estabelecidas em lei são as mais diversas, podendo implicar imposição de restrições ao exercício de atividade e até sua cessação, declaração de ineficácia de negócio jurídico, demolição de obra construída, obrigação de ressarcimento dos danos, suspensão ou perda do poder familiar. (2003, p. 61).

No caso de abuso do direito de guarda e visitação, por se tratar de excessos empreendidos em uma relação familiar, é mais complexo estabelecer a sanção aplicável, haja vista envolver sentimentos entre os membros da família e o dever de se observar a aplicação de sanção que não prejudique o infante, por ter prioridade de tratamento. Portanto, percebe-se a necessidade de se estudar caso a caso, para se constatar a melhor solução. Roberta Mercantônio discorre a respeito:

Cada vez mais são denunciados abusos dos pais guardiões ou dos genitores não guardiões, situação que acaba ensejando uma série de dúvidas a respeito de qual seria a melhor maneira de punir o genitor que extrapola o seu direito de guarda ou de visita, sem que este castigo reflita na criança merecedora de proteção integral. (2010, p. 54).

Nesse sentido, passa-se a explicar possíveis sanções a serem impostas nos casos dos abusos cometidos por genitores e demais familiares no exercício do direito de guarda e de visitação, subdividindo-as em dois títulos: sanções de ordem econômica e sanções de ordem familiar, abordando as peculiaridades e pertinência de cada uma. Por fim, seguindo esta corrente de efetividade desenvolve-se estudo sobre a eficácia das medidas punitivas, bem como sobre a possibilidade de aplicação de métodos alternativos para a resolução dos

conflitos derivados do abuso do direito de guarda e visitação, caminho a ser adotado como forma de prevenir e remediar os excessos.

3.1 Sanções de ordem econômica

Trata-se por sanções de ordem econômica as punições que englobam pecúnia, medidas em que se busca através do dinheiro compensar ou punir os entes familiares; a compensação, que consiste no pagamento de indenização por dano moral ao infante, objetivando amenizar os abalos causados nesse em decorrência dos abusos de guarda e ausências de visitas. Entretanto, a via sancionatória parte da condenação ao pagamento de indenização ao infante pelo familiar abusivo, como forma de punição pelos excessos praticados, ou, ainda, a fixação de multa diária por descumprimento do acordo ou decisão judicial, com o que busca por meio da *astreinte* impor aos familiares o cumprimento do estabelecido.

A) Indenização por dano moral

A Constituição Federal assegura, de forma prioritária, o atendimento a todas as necessidades dos infantes, garantindo a supremacia de seus interesses e direitos como forma de assegurar sua perfeita formação psicológica, social e pessoal. Nesses termos, constata-se a intenção do legislador de garantir ao menor uma estrutura sólida, capaz de norteá-lo positivamente para o resto de sua formação.

Entretanto, ao praticarem abusos do direito de guarda e visitação, os parentes infringem as normas protetivas dos menores e causam-lhe inúmeros transtornos, muitos de ordem interna, visto que só o infante saberia descrever os tormentos e frustrações que passa. Uma dessas situações é sua formação sem a presença de um dos genitores, ou com a ausência de um familiar amado, visto que a criança ou adolescente se sente privado de amor e afeto, entendendo a falta de convívio como repúdio e discriminação, sofrendo abalos e danos de ordem moral.

Essa ausência afetiva de um dos genitores ou familiares, como avós, tios, irmãos, pode ocorrer por diversos motivos, entre os quais, a vontade dos parentes visitantes de se distanciarem do infante, eis que abandonam os laços de afeto, não procurando a convivência com o menor; ou, ainda, esse distanciamento poderá ocorrer por vontade do genitor guardião de afastar o filho dos demais familiares, armando situações e criando empecilhos para a convivência destes.

Ocorrendo esse distanciamento, o infante será a maior vítima, por ser privado do direito de convivência e afetividade, necessários para sua formação. Esses abalos sofridos consistem em danos de ordem moral, pois, consoante Arnaldo Rizzardo, atingem a paz, a tranquilidade, o lado espiritual e a autoestima do lesionado, consistindo em danos de cunho pessoal. Descreve ainda o doutrinador que esses abalos são passíveis de reparação por meio de indenização por dano moral, que visa compensar os danos sofridos por pecúnia. (2007, p. 246).

A essa corrente Wladimir Paes de Lira filia-se ao entender que é possível a fixação de indenização por abandono moral quando a criança é privada do direito de conviver com os pais, entendendo o doutrinador que ocorrerem danos quando a criança ou adolescente é retirado do convívio com os familiares, pois sofrerá consequências negativas, irreparáveis e irreversíveis em sua formação. (2010, p. 529).

Surge, assim, uma corrente doutrinária que concorda com a reparação dos abalos ocasionados ao infante pela ausência de um dos familiares com o pagamento de indenização por danos morais, por entender que com recebimento da pecúnia os danos serão de alguma forma amenizados. Seguindo essa corrente, Maria Celina Bodin de Moraes, assinala:

O viés jurídico, já garantido pelo direito de família positivo, passa pela conscientização de que a lei obriga a responsabilidade os pais no que toca aos cuidados com os filhos. A ausência desses cuidados, o abandono moral, viola a integridade psicofísica dos filhos, bem como o princípio da solidariedade familiar, valores protegidos constitucionalmente. (2005, p. 66).

Complementa a autora que essas violações configuram dano moral. Assim, fica claro o ônus de indenizar, gerando, por consequência, a obrigação de ocorrer a devida

reparação. Salienta ainda que não se trata de raciocínio radical, pelo contrário é lógico e simples. (2005, p. 66).

Maria Berenice Dias, da mesma forma, tece considerações a respeito, percebendo a admissibilidade de condenação à indenização por abandono moral ao genitor ou demais familiares que rompem os laços afetivos que possuíam com o infante. Afirma que, “comprovando que a falta de convívio pode gerar danos, a ponto de comprometer o desenvolvimento pleno e saudável do filho, a omissão do pai gera dano afetivo susceptível de ser indenizado”. (2007, p. 408).

Para a doutrinadora, o genitor ou familiar que se afasta do infante por vontade própria encontra-se apto a reparar seus atos pelo do pagamento de indenização ao menor. Aponta ainda sobre a possibilidade de o guardião, de igual sorte, ser condenado ao pagamento da pecúnia quando rompe os laços familiares e impõe a separação do filho com os demais parentes (DIAS, 2007, p. 408). Nesse mesmo sentido é o posicionamento de Paulo Lôbo, que manifesta-se sobre possibilidade de ocorrer a pretensão indenizatória por danos morais pelo menor, nos casos em que há intervenção do guardião para que não ocorram as visitas e a efetivação dos vínculos de convivência e afeto entre esse e os demais familiares, (2008, p. 175).

Visualiza-se a condenação do parente abusivo ao pagamento da pecúnia como forma de reparar os abalos produzidos no menor, visto que vítima de frustrações e excessos, o infante, sofre danos que o acompanharão pela vida inteira, pois os incorporam sua personalidade. Objetiva, assim, a compensação dos abalos sofridos pelo dinheiro, visualizando-se uma reparação para o sofrimento moral que sentiu o menor.

Além do caráter compensatório visualizado como forma de ressarcir por meio da pecúnia os abalos e danos causados ao infante, percebe-se que essa sanção possui, da mesma forma, cunho punitivo que objetiva sancionar o parente abusivo pelos seus atos. Nesse sentido Vitor Ugo Oltramari manifesta-se:

A satisfação do dano moral, na opinião da maioria dos autores, tem dupla natureza jurídica: Compensatória e punitiva. [...] É compensatória por que tem por finalidade satisfazer a vítima, proporcionando-lhe uma equivalência subjetiva com as perdas havidas em decorrência do ato lesivo. O objetivo primeiro, como se demonstrará, e com o que concordam os autores, não é impor uma pena, mas compensar o dano sofrido. Não deixa, contudo, de se manifestar como uma sanção ao autor do dano, até como forma de reprimir a sua ocorrência [...]. (2006, p. 11).

Para Lydia Neves Bastos Telles Nunes “a reparação assume o caráter de sanção ao autor da lesão. Ela não tem o condão de eliminar o dano moral, tão-somente atenua o sofrimento da vítima”. (2002, p. 136). Assim, constata-se a dupla natureza da condenação de indenização por dano moral, compensatória e punitiva.

Para corroborar esse entendimento, Paulo Lôbo registra sobre a ocorrência de fixação de indenização por danos morais e materiais nessas hipóteses em caso de abuso de guarda ocorrido no direito alemão:

A corte Federal alemã assim decidiu, quando a mãe, guardiã, falhou seis vezes em deixar a criança no local e ocasião designadas, elevando as despesas do pai para visitá-la. A decisão teve como fundamento as regras gerais da responsabilidade civil culposa. (2008. p. 175).

Em outra oportunidade a corte germânica responsabilizou o genitor visitante pelo abandono dos laços de convivência com o filho, haja vista ter causado ao infante prejuízo em seu estado de saúde, inclusive mental, e em sua formação de caráter. (LÔBO, 2008, p. 175).

Nessa senda, interessante acórdão foi proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, verdadeiro precedente, condenando o pai ao pagamento de indenização por abandono moral e psíquico do filho com base no princípio da dignidade da pessoa humana:

INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS - RELAÇÃO PATERNO-FILIAL - PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE O 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. (Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 7ª câmara cível, Apelação Cível nº. 408.550-5, Rel. Unias Silva, 01.04.2004).

Embora essa decisão tenha surgido como norte dessa concepção compensatória e punitiva, foi revertida por recurso especial no Superior Tribunal de Justiça, onde entenderam os ministros não ocorrer possibilidade de reparação financeira para o abandono moral:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido. STJ, 4º Turma, Recurso Especial nº. 2005/0085464-3, rel. Fernando Gonçalves, 29/11/2005).

A corroborar pela impossibilidade reparatória está o caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, onde foi negada a condenação do genitor ao pagamento de danos morais a filha que alegou ter sofrido com a ausência de afeto e amor do pai. No caso, entendeu a corte que ninguém é obrigado a fazer o que não deseja, ou seja, de não haver a obrigação do pai de amar a filha. Assim, decidiu o tribunal tratar-se de caso meramente mercantilista:

ACAO DE INDENIZACAO RELACAO DE AFETIVIDADE AUSENCIA DANO MORAL IMPROCEDENCIA DO PEDIDO1. INDENIZAÇÃO. 2. DANO MORAL. 3. OBJETIVO INDENIZATÓRIO DEDUZIDO POR FILHA CONTRA O PAI, VISANDO COMPENSAÇÃO PELA AUSÊNCIA DE AMOR E AFETO. 4. NINGUÉM ESTÁ OBRIGADO A CONTEMPLAR QUEM QUER QUE SEJA COM TAIS SENTIMENTOS. 5. DISTINÇÃO ENTRE O DIREITO A MORAL 6. INCIDÊNCIA DA REGRA CONSTITUCIONAL, PILAR DAS DEMOCRACIAS MUNDO A FORA E A LONGO TEMPO, ESCULPIDA NO ART. 5º, II, DE NOSSA CARTA POLÍTICA, SEGUNDO A QUAL "NINGUÉM SERÁ OBRIGADO A FAZER OU DEIXAR DE FAZER ALGUMA COISA SENÃO EM VIRTUDE DE LEI". 7. PRETENSÃO MANIFESTAMENTE MERCANTILISTA, DEDUZIDA NA ESTEIRA DA CHAMADA INDÚSTRIA DO DANO MORAL, COMO SEMPRE PROTEGIDA POR DEFERIMENTO DE GRATUIDADE DE JUSTIÇA. 8. CONSTATAÇÃO DE MAIS UMA TENTATIVA DE GANHO FÁCIL, SENDO IMPERIOSO EVITAR A ABERTURA DE LARGA PORTA COM PRETENSÕES DO GÊNERO. 9. SENTENÇA QUE MERECE PRESTÍGIO. 10. RECURSO IMPROVIDO. DES. MARIO DOS SANTOS PAULO - Julgamento: 08/09/2004 - QUARTA CÂMARA CÍVEL, Apelação Cível nº. 2004.001.13664 – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro).

No mesmo sentido decisão prolatada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul decidiu não ser caso de indenização o afastamento de pai e filho, pois entendeu que nem tudo pode ser resolvido pela visão simplista da indenização, visto que nada paga o valor de um beijo e de um abraço entre pais e filhos:

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E MATERIAL. ABALO EMOCIONAL PELA AUSÊNCIA DO PAI. 1. O pedido de reparação por dano moral é juridicamente possível, pois está previsto no ordenamento jurídico pátrio. 2. A contemplação do dano moral exige extrema cautela e a apuração criteriosa dos fatos, ainda mais no âmbito do Direito de Família. 3. O mero distanciamento afetivo entre pais e filhos não constitui, por si, situação capaz de gerar dano moral, nem implica ofensa ao (já vulgarizado) princípio da dignidade da pessoa humana, e constitui antes um fato da vida. 4. Afinal o questionamento das raízes do afeto ou do amor, e da negação destes, leva a perquirir as razões íntimas do distanciamento havido entre pai e filho, que perpassam necessariamente as categorias do imanente e do transcendente e implicam indébita invasão do campo jurídico ao terreno conceitual impreciso que avança pelo mundo da medicina, da biologia e da psicologia. 5. Embora se viva num mundo materialista, onde os apelos pelo compromisso social não passam de mera retórica política, em si mesma desonesta e irresponsável, nem tudo pode ser resolvido pela solução simplista da indenização, pois afeto não tem preço, e valor econômico nenhum poderá restituir o valor de um abraço, de um beijo, enfim de um vínculo amoroso saudável entre pai e filho, sendo essa perda experimentada tanto por um quanto pelo outro. Recurso desprovido. (SEGredo DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70029347036, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 11/11/2009).

Verifica-se, assim, a posição favorável da doutrina e da jurisprudência alemã à condenação por dano moral, objetivando a reparação dos abalos causados ao infante e condenação dos abusos do familiar abusivo. Em contraponto, têm-se decisões jurisprudenciais pátrias no sentido contrário, embasando que o dinheiro não tem condão de reparar abalos de ordem familiar, interligando a pretensão ao enriquecimento ilegítimo.

Para a doutrina especializada, que advoga em defesa da reparação, esta sanção possui eficácia preventiva pelo condão de amedrontar os parentes abusivos. Nesse sentido Maria Berenice Dias assinala que “ainda assim, que o pai só visite o filho por medo de ser condenado a pagar indenização, isso é melhor do que gerar no filho o sentimento de abandono”. Entende ainda que a indenização por abandono afetivo poderá se converter em instrumento de extrema relevância e importância para a configuração de um direito das famílias mais consentâneo com a contemporaneidade, podendo desempenhar papel pedagógico. (2007, p. 409).

Entretanto, por se tratar de sanção de cunho financeiro, sua maior limitação encontra-se na aplicação a somente algumas famílias: as que possuem condições financeiras. Por sua vez, onde não existe dinheiro, a condenação ao pagamento não possuirá condão punitivo, visto que o familiar, ciente de suas condições, sabe da inexistência de fundos para o pagamento e, pelo motivo de o familiar não possuir

condições financeiras, não atingirá a compensação e o menor não receberá a pecúnia. Logo, há grandes probabilidades de não servir como sanção.

Assim, percebe-se a contrariedade de posicionamentos quanto à sanção de indenização por danos morais ao infante pelos familiares abusivos, visto se tratar de sanção envolvendo dinheiro, possuindo, assim, efetividade duvidosa, aplicada somente a casos em que existam condições financeiras na família. Da mesma forma, gera dúvidas, pois, consoante entendimento jurisprudencial, questiona-se se o dinheiro tem o condão de ressarcir danos afetivos de ordem familiar?

A resposta é negativa. Entretanto, busca-se nessa ação a devida reparação para os abalos sofridos em decorrência do abandono afetivo, sabe-se que o pagamento não irá causar no filho o sabor de ser amado, porém, o dinheiro possuirá o condão de proporcionar-lhe outras alegrias.

Percebe-se que, embora possa ser imposta essa sanção como forma de punição e compensação, não possui efetividade garantida, visto que, por se tratar de sanção de cunho pecuniário, dependerá das condições financeiras da família. Verifica-se, pois, a pertinência de se estudar cada caso de abuso para encontrar a melhor sanção aplicável, bem como cada família, para perceber a efetividade das medidas no seio daquela entidade.

B) Multa diária por descumprimento do acordo ou ordem judicial

Seguindo essa corrente de sanções de cunho financeiro, existe ainda a modalidade de fixação de multa para situações em que um dos familiares não cumpre o estabelecido judicialmente - acordo homologado ou decisão proferida pelo magistrado – sobre a guarda e visitação do infante.

A *astreinte* consiste em um ônus pecuniário imposto para levar a que se cumpra o estabelecido, no caso em tela: que o guardião entregue o filho as visitas do genitor visitante, bem como aos demais parentes, e que os entes familiares cumpram as visitas ao menor, incluindo horários e dias para retirada e entrega do infante.

Roberta Mercantônio ensina que a multa imposta tem finalidade coercitiva, para garantir o cumprimento das ordens judiciais, e é medida adotada em várias relações familiares e civis. Afirma ainda que o valor fixado pelo juiz deve observar uma quantia

significativa para intimidar o abusivo e que o montante deve reverter ao filho abusado. (2010, p. 61).

Para Maria Berenice Dias, esse é um modo de fazer com que as visitas sejam cumpridas, tanto por parte do genitor guardião, como por parte do genitor visitante, consistindo na fixação de um valor significativo para pagamento como sanção no caso de descumprimento do estabelecido na fixação dos encontros. (2007, p. 404).

Essa modalidade de sanção encontra-se devidamente prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 213. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. [...]. § 2º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito. (BRASIL, 2010, p. 1073).

Consistindo a multa em uma punição que objetiva o cumprimento da obrigação estabelecida nas relações de abuso do direito de guarda e visitação, possui o condão de estabelecer ordem aos direitos concedidos, podendo ser fixada como imposição para o guardião entregar o infante para visita aos demais familiares, bem como aos parentes para cumprirem o acordado, dias e horários para a visitação, assim como entrega do infante no prazo determinado. Nesse sentido é o posicionamento de Washington de Barros Monteiro:

É possível a aplicação de pena de multa pelo descumprimento do dever do genitor de ter os filhos em sua companhia, ou mesmo pela violação a certa e determinada cláusula estipulada no regime de visitas, nos termos do art. 213, §§2º e 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente. (2010, p. 407).

Ainda exara o doutrinador que da mesma forma é aplicada multa ao guardião que viola o direito à visitação do outro genitor ao menor. Para o autor, esta sanção deveria ser mais vezes aplicada, haja vista ser uma punição devidamente disposta no Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como pelo Código de Processo Civil.

Nesta corrente encontra-se o posicionamento da jurisprudência. Em decisão do Tribunal de Justiça gaúcho foi fixada multa diária para guardiã que obstaculizava a visitação, impedindo o contato paterno-filial. Entendendo a corte ser o caso de fixação de *astreinte* a melhor solução para o caso:

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

A fixação de multa por dia de descumprimento da ordem judicial é uma medida utilizada pela jurisprudência e estudada pela doutrina, tendo em vista possuir o objetivo de inibir o parente abusivo, obrigando-o a cumprir o estabelecido sob pena de arcar com alto custo financeiro. Entretanto, por possuir caráter pecuniário, esta sanção tem eficácia duvidosa, consoante disposto anteriormente, somente vigorando nos casos em que a família possua condições financeiras; em caso contrário, não será respeitada a sanção. Nesse sentido é manifestação de Roberta Mercantônio:

[...] é vista como um alternativa a fixação de multa para cada dia que a visita é impedida (*astreintes*), cuja sanção costuma funcionar bem, mas apenas quando o guardião possuir condições financeiras para pagá-la, caso contrário, não será uma pena pecuniária que irá impedir quem nada possui de descumprir a ordem judicial, pois não há meios para cobrar o valor fixado. (2010, p. 59). (grifo da autora).

Entretanto, a multa será fixada consoante condições do parente abusivo, sob pena de tornar-se algo supranormal; deve, da mesma forma, seguir um patamar punitivo, não podendo ser fixada em valor demasiadamente inferior, sob pena de não receber eficácia. Nesse sentido manifesta-se Maria Berenice Dias: “Na fixação do valor da multa, é mister que o juiz atente às condições econômicas do devedor, quer para não onerá-lo de forma exacerbada, quer para não estimular a inadimplência, pela insignificância do seu valor”. (2007, p. 406).

Verifica-se que, nesses casos, embora constitua sanção de cunho financeiro, alcança efetividade, pois, a partir do momento em que interrompe o abuso, cessa a incidência da multa, possuindo essa sanção uma referência pedagógica. Percebe-se ainda que esta modalidade de sanção tem caráter efetivo, visto que é imposta no mesmo período em que os abusos são cometidos, não restando espaço para seqüelas. Ademais, não prejudica de maneira alguma o infante, visto que o abusivo, ao tomar ciência da imposição da multa, modificará seu posicionamento objetivando não arcar com os custos financeiros impostos.

Constata-se nessa sanção uma alternativa de punir e prevenir os abalos ocasionados pelo abuso do direito de guarda e visitação, possuindo a multa diária condão educativo aos familiares, que retornarão a cumprir o estabelecido para não serem sancionados financeiramente. Serve, pois, a sanção como um alarme que alerta o familiar quando ultrapassa seus direitos com o descumprimento da ordem judicial, ensejando punição.

3.2 Sanções de ordem familiar

Após serem tecidas considerações acerca das punições de cunho financeiro, passa-se a descrever e estudar as possíveis sanções de ordem familiar, as quais atingem diretamente os direitos estabelecidos e abusados pelos familiares titulares. Consistem as punições em alteração do modelo da guarda, objetivando a fixação do modelo compartilhado, reversão da guarda para o genitor não guardião, ou suspensão ou acompanhamento de visitas para os visitantes, bem como estudo sobre as sanções aplicáveis para caso da síndrome da alienação parental. Tecem-se, ainda, considerações sobre a eficácia das medidas, bem como sobre os métodos alternativos para resolução dos conflitos familiares.

A) Alteração do modelo da guarda

A guarda unilateral é fixada ao genitor que possuir melhores condições para o desempenho do encargo, bem como é autorizada em situações nas quais os genitores não

possuam interesse em partilhar a guarda do filho, ou não possuam condições de governar conjuntamente o infante, haja vista a animosidade que cerca a família.

Entretanto, é notória a desproporção trazida pela fixação da guarda unilateral, haja vista que com a guarda surge o direito de visitação e convivência do outro genitor e demais familiares com o infante. Entretanto, são desiguais os direitos conferidos a cada um, possuindo nitidamente o guardião mais prerrogativas e poderes para com a prole em relação aos outros parentes. É nesse sentido que se manifestam alguns dos abusos do direito de guarda.

Assim, surge a sanção de alteração do modelo de guarda unilateral, fixado no acordo ou decisão judicial, para o modelo compartilhado do instituto. Não restam dúvidas de que o instituto da guarda compartilhada consiste em benefícios e modelo padrão, que, quando possível, deve ser observado e aplicado tendo em vista os inúmeros benefícios que proporciona. Nesse sentido Silvio de Salvo Venosa registra:

Não resta dúvida que a guarda compartilhada representa um meio de manter os laços entre pais e filhos, tão importantes no desenvolvimento e formação de crianças e adolescentes. Essa forma de guarda traduz também outra faceta do direito de visitas que poderá ficar elástico quando acordada a guarda conjunta ou compartilhada. (2010, p. 185).

A guarda compartilhada estabelece os mesmos direitos e deveres para ambos os genitores em relação à prole, não possuindo descompasso de prerrogativas entre os familiares. Assim, leciona Claudete Carvalho Canezin:

Ao contrário dos outros modelos de guarda, a guarda compartilhada permite que os filhos continuem a ter seu relacionamento familiar, convivendo freqüentemente com os pais, evitando-se, assim, abalos no seu desenvolvimento moral, que geralmente são ocasionados pela ausência de um dos genitores. (2005, p. 12).

São indiscutíveis os benefícios proporcionados pela guarda compartilhada ao infante. Entretanto, esta modalidade somente é possível em entidades familiares dispostas a estabelecer um convívio amigável e respeitoso para que se possa atingir a finalidade do

instituto: melhor interesse da criança ou adolescente, como Claudete Carvalho Canezin ressalta:

Para que o exercício da guarda possa funcionar, importa que os pais revelem capacidade de cooperação e de educar em conjunto o filho menor, esquecendo todos os conflitos interpessoais, já que somente é possível o exercício desse modelo quando existe, entre os genitores, uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, sem disputa e nem conflito. (2005, p. 12).

Portanto, percebe-se que a alteração do modelo da guarda unilateral para guarda compartilhada por abuso do direito do guardião não é viável, visto que a modalidade compartilhada só poderá ser fixada em famílias nas quais não restem mágoas e ressentimentos entre os genitores, sob pena de tornar ineficaz e prejudicial ao infante. Segundo Euclides de Oliveira:

Sua efetivação prática, no entanto, depende das circunstâncias da conduta pessoal e da boa vontade de cada um dos genitores, que sejam abertos ao diálogo nas decisões conjuntas, de modo que, mesmo pensando no bem do filho menor, a guarda compartilhada não pode ser imposta coercitivamente pelo agente estatal sob pena de ser relegada ao limbo dos inexecutáveis. (2010, p. 234).

No mesmo sentido manifesta-se Roberta Mercantônio, acerca da não efetividade da medida, tecendo considerações a respeito das condições do genitor não guardião para o desempenho do encargo, bem como sobre as atitudes do guardião, que certamente não serão alteradas:

[...] modificar a guarda única para compartilhada, contudo depende de estudos sobre a condição do genitor não-guardião de assumir a responsabilidade a ele imposta, assim como, não é possível assegurar que o guardião irá passar a cumprir os compromissos e horários combinados, eis que se já não o fazia apenas poucas vezes por mês, que dirá uma rotina mais intensiva de convívio com o genitor que antes não detinha a guarda. (2010, p. 59).

Nessa corrente, manifesta-se decisão prolatada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, quando julgou a impossibilidade de reversão da guarda unilateral para o

modelo compartilhado, haja vista o clima de discórdia e animosidade que cercava a família:

Menor – Guarda – Modificação – Impossibilidade – Pretensão do genitor a atribuição da guarda dos filhos menores para si – Afastamento – Ausência de provas robustas de que a mãe não reúne condições de educar e criar os filhos – Impossibilidade de guarda compartilhada em virtude do clima de animosidade entre os genitores – Improcedência mantida – Recurso não provido. (Tribunal de Justiça de São Paulo – AP. Cível 532.239-4/0-00, 26-11-2008, 5ª Câmara de Direito Privado – Rel. Silvério Ribeiro).

Assim, percebe-se o total descompasso em alterar o modelo da guarda unilateral para a compartilhada por motivo de abuso do direito do guardião, visto que com o clima de discórdia é inviável o compartilhamento do instituto. Necessita-se, para tanto, que seja estabelecido um clima de paz e comprometimento entre os genitores, não restando espaço para abusos.

B) Reversão da guarda, suspensão de visitas ou efetivação dessas mediante acompanhamento

Outra sanção familiar repressiva é a reversão da guarda para casos de abuso do direito do guardião e a suspensão do direito a visitas ou a realização destas através de acompanhamento, para casos de abusos dos visitantes. Percebe-se que se trata da sanção mais severa para os familiares abusivos e de igual sorte ao infante. Nesta, o guardião “perde” a guarda do menor, passando o genitor não guardião a assumir a gerência da vida do infante, revertendo-se àquele o direito de visitas e convivência com o menor.

Essa modalidade caracteriza-se pela rigidez e para Roberta Mercantônio costuma ser a última opção dos magistrados, visto que prejudica de igual sorte o infante, pois, acostumado com o genitor guardião, possui com esse laços de convivência e até dependência, percebendo-se que o afastamento pode lhe causar transtornos. Refere ainda sobre a análise que deve ser feita pelo magistrado no sentido de que a sanção não pode

constituir punição ao infante, e, sim, as sanções devem ser impostas objetivando a minimização dos transtornos. (MERCANTÔNIO, 2010, p. 58-62).

Entretanto, essa é uma medida adotada em casos extremos, quando se visualiza que o melhor para o infante é distanciar-se do guardião, porque não está garantindo seus interesses. Ana Surany Martins Costa afirma que, configurados abusos extremos, é pertinente ocorrer à reversão da guarda, uma vez que a conduta condiz com abuso de autoridade por descumprimento dos deveres que são inerentes ao guardião. (2010, p. 75).

Entretanto, para a reversão da guarda é pertinente questionar as condições do genitor visitante para desempenho dessa, eis que, se não possuir qualidades para o encargo, poderá ocorrer a delegação da guarda da criança ou adolescente para pessoa diversa aos genitores. Nesse sentido manifesta-se Euclides de Oliveira:

Em casos extraordinários, se o juiz verificar que o filho não deva permanecer sob a guarda paterna ou materna, deferirá a guarda a terceira pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, dando preferência ao parente mais próximo e que tenha relações de afinidade e afetividade com o menor. (2010, p. 235).

Percebe-se que a alteração do guardião é uma medida brusca, porém em diversas situações de abuso de direito é a melhor solução, como forma de privar o infante da situação, eis que a medida não possui caráter punitivo, mas, sim, objetiva retirar a criança de situações abusivas para atender aos seus interesses e proteção integral.

No que concerne aos excessos cometidos pelo parente visitante, poderá repercutir em duas sanções: a primeira consiste na suspensão do direito de visitas e a segunda, na visitação mediante acompanhamento de terceira pessoa. Da mesma forma, por se tratar de medidas severas, exige um juízo de valor calcado na gravidade dos abusos cometidos ou até mesmo de sua prática reiterada, envolvendo situações de perigo que as justifiquem.

Os princípios da afetividade e da convivência familiar garantem ao infante o convívio e a companhia de todos os entes de sua família, objetivando sua perfeita formação. Entretanto, se constatado que o contato com os parentes não beneficia o menor, causando-lhe abalos, este contato deve cessar. Nesse sentido Silvio de Salvo Venosa manifesta-se sobre a suspensão a convivência entre o infante e o parente abusivo: “O

direito de visitas poderá ser suspenso perante casos extremos de inconveniência do contato do menor com o pai ou a mãe”. (2010, p. 201).

No entanto, se surgirem indícios, mas não restarem comprovados os malefícios das visitas ao infante, essas serão efetivadas, entretanto de forma supervisionada, em encontros sob a presença de uma pessoa designada pelo juízo. Silvio de Salvo Venosa discorre a respeito:

Ressalvando que se for conveniente para os menores e a situação o exigir, a visita se dará em horário estabelecido e local diverso do domicílio das partes, sob fiscalização de agentes do judiciário, tais como psicólogos e assistentes sociais. (2010, p. 201).

Percebe-se que essas medidas são a forma mais rigorosa das sanções e que não deixam de alcançar seus efeitos na prole. Entretanto, por diverso que pareça, não possuem condão punitivo, mas, sim, visualizam o afastamento do infante do parente abusivo, guardião ou visitante, como forma de garantir seus interesses e proteção integral.

Embora seja de extrema importância para a formação do infante a convivência com todos os entes de sua família, em casos graves de abusos de guarda e visitação ou excessos na forma reiterada, que causam ao infante sérios problemas de convivência, até mesmo com os demais familiares, torna-se pertinente o afastamento do abusivo, mesmo que ocorra de forma temporária. O desvinculamento do infante daquela figura que lhe causa abalos e transtornos serve como forma de liberar a criança das agressões.

Percebe-se, portanto, a pertinência da aplicação destas sanções nos casos de abuso de direito de guarda e visitação, quando praticadas de forma reiterada ou em graves excessos, servindo esta sanção como última possibilidade após serem esgotadas as possibilidades menos rigorosas, visto que possui eficácia garantida.

C) Sanções descritas na lei da síndrome da alienação parental

Com a promulgação da lei 12.318/2010 tornaram-se expressos os exemplos de situações que ensejam a síndrome da alienação parental. Sabiamente, ainda foram dispostas pela norma as possíveis sanções a serem aplicadas a cada caso de alienação.

Em seu artigo 6º e incisos, a norma jurídica elencou punições a serem impostas ao genitor ou familiar quando constatados os malefícios que ocasionou e ocasiona ao infante. Ressalva ainda o legislador sobre a aplicabilidade dessas punições de forma individual ou cumulativamente, não obstante, ainda, a responsabilização civil ou criminal. Dispõe a norma:

Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, 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: I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador; II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado; III - estipular multa ao alienador; IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial; V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão; VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente; VII - declarar a suspensão da autoridade parental. (BRASIL, lei nº 12.318/2010).

Verifica-se, diante da exposição das sanções, que o ato basilar para punição da síndrome da alienação parental consiste na identificação, pelo juiz, da ocorrência da alienação. A partir da identificação, passa o magistrado a impor a melhor alternativa de punição para o caso concreto, podendo em seu primeiro passo alertar e advertir o alienante sobre seus atos e consequências destes, comunicando ainda ao abusivo as punições que poderá sofrer em decorrência de sua ação alienante.

Diante da constatação da síndrome, o juiz perceberá qual genitor está cometendo excessos, para que possa efetivar a punição. Em caso de se tratar do genitor não guardião, a norma assegurará a ampliação de sua convivência com o infante, como expõe Euclides de oliveira:

Como medida assecutória dos direitos do genitor alienado, o juiz cuidará em preservar e ampliar o seu regime de convivência com o filho, nos termos do inciso II, o que significa uma contraposição às restrições pretendidas pelo alienador. (2010, p. 249).

Consiste em uma sanção que objetiva interromper os atos alienantes e reverter a situação com a ampliação do contato do menor com o alienado, fazendo com que os reflexos das alienações se desfaçam em virtude da ampliação da convivência dos mesmos. Ainda o legislador estipula multa e acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial. Quanto à pena de multa, já se faz presente no trabalho, onde foi devidamente conceituada e explanada. Entretanto, no que refere ao acompanhamento psicológico e social do infante, consiste na interdisciplinaridade das matérias e áreas de conhecimento, configurando-se como uma perícia que objetiva descrever os abalos produzidos no infante, bem como seu tratamento.

Maria Berenice Dias tece considerações a respeito:

Nesse delicado ramo do direito, as questões sociais e as condições psicológicas devem ser valoradas para melhor compreender a realidade das partes. Cada vez mais é indispensável mesclar o direito com outras áreas do conhecimento que têm na família seu objeto de estudo e identificação. Nessa perspectiva, a **psicanálise**, a **psicologia**, a **sociologia**, a **assistência social** vêm se inserindo no direito das famílias e desenvolvendo um trabalho muito mais integrado. (2007, p. 80). (grifo da autora).

Percebe-se a pertinência de envolvimento entre diversas áreas de conhecimento para que possam interferir no desenvolvimento das pessoas, bem como a melhoria das relações humanas. Outra punição que se faz presente na lei e já foi objeto de estudo no presente trabalho é a alteração para guarda compartilhada, ou inversão da guarda.

Quanto à mudança do modelo adotado para a guarda compartilhada, consoante explanado, não representa a melhor alternativa, pois vigoram nas relações abusivas rancor e animosidade, sentimentos não pertinentes para o compartilhamento do instituto da guarda. Ainda sobre a inversão dos direitos do genitor guardião e visitante, poderão ser aplicados após análise do caso em concreto e serão aplicados quando, efetivamente, garantirem o atendimento do melhor interesse da criança ou adolescente, tema da mesma forma anteriormente abordado.

No que tange à fixação cautelar do domicílio da criança e do adolescente, refere-se aos exemplos de abuso do direito, quando se altera a residência da família, ou se retém a criança indevidamente, objetivando o rompimento do vínculo afetivo do menor com os demais familiares. Ainda estabeleceu o legislador sobre a possibilidade de o juiz fixar obrigação de levar ou retirar a criança da nova residência. Nesse sentido dispõe o parágrafo único do artigo 6º da referida lei:

Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar. (BRASIL, lei nº 12318/2010).

Seguindo essa corrente sancionatória, o legislador prevê sanção mais rigorosa: a suspensão do poder familiar. Caracteriza-se como degrau antecedente à perda do poder familiar. Esta sanção se encontra disposta no Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 24²⁰, bem como no Código Civil. Dispõe a legislação civil:

Art. 1.637 - Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar à medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha. (BRASIL, 2010, p. 279).

Consiste o poder familiar no dever de sustento, educação e guarda, preservando os direitos e melhores interesses do infante, o que significa a responsabilidade de criar o filho observando todos os requisitos para sua formação psíquica, social e pessoal. Incide ainda no poder de gerência dos direitos dos filhos. Nesse sentido manifesta-se Paulo Lôbo:

Os pais não exercem poderes e competências privados, mas direitos vinculados a deveres e cumprem deveres cujos titulares são os filhos, Por exemplo, os pais têm o direito de dirigir a educação e a criação dos filhos e, ao mesmo tempo, o dever de assegurá-los. (2008, p. 275).

²⁰ Art. 24. A perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22.

A sanção de suspensão consiste em uma interrupção temporária deste poder natural, perdendo o genitor a gerência da vida do infante, bem como a prerrogativa que possuía de governar e decidir sobre os benefícios pertinentes à vida do filho, pois, ao aplicar esta sanção, o magistrado entende que o afastamento do genitor abusivo e alienante é benéfico à criança ou ao adolescente.

Ressalta-se que esta sanção não possui um cunho essencialmente punitivo, mas, sim função de atender ao melhor interesse do infante, entendendo-se que o afastamento do menor do genitor abusivo, mesmo que temporariamente, trará benefícios ao menor. Nesse sentido manifesta Maria Berenice Dias sobre a finalidade da sanção: “O intuito não é punitivo – visa muito mais preservar o interesse dos filhos, afastando-os de influências nocivas”. (2007, p. 386).

Assim, verificam-se avanços legislativos para combater os abusos e alienações nas relações familiares com a promulgação da lei que trata da alienação parental, a qual cita exemplos e sanções a serem aplicadas a cada caso concreto. A lei é recente e ainda não se podem analisar, com exatidão, as consequências e eficácia das sanções. Entretanto, pelo fato de tornar expressa a síndrome da alienação parental e as punições para o caso de cometimento desses abusos, verificam-se progressos para combater os desentendimentos familiares.

Percebe-se que a lei possuirá eficácia, visto que direcionada para cada caso concreto de alienação e ainda por tratar de normas que tornam expressas as sanções aplicáveis, possuirá, de igual sorte, condição preventiva, visto que se tornam públicos os atos alienáveis e as sanções, identificando ao alienante as repercussões e sanções aplicáveis às suas atitudes.

Tecidas considerações acerca das sanções corriqueiramente mais aplicadas, passa-se à efetividade dessas medidas, bem como estudam-se novos métodos alternativos para tratamento destes abusos como forma de atingir eficácia no tratamento ou na punição de tais atos prejudiciais ao infante.

3.3 Efetividade das medidas em sede de direito posto e pressuposto

Após discorrer sobre as modalidades de sanção mais corriqueiras e que fazem parte de vasto estudo doutrinário e jurisprudencial, passa-se a tecer considerações acerca da efetividade dessas medidas punitivas ou reparadoras como forma de conclusão sobre a aplicabilidade aos casos familiares de abuso do direito de guarda e visitação. Tecem-se, ainda, considerações acerca dos métodos alternativos para tratamento desses abusos: a interdisciplinaridade e a mediação.

Ressalta-se que as medidas sancionatórias a serem adotadas devem ser analisadas em cada caso peculiar, devendo o magistrado estudar os abusos cometidos e os abalos sofridos, para que se possa aplicar a punição ou reparação devida, surtindo, assim, efeito eficaz.

Quanto às sanções de cunho pecuniário, percebe-se que, para que atinjam os efeitos desejados, mister é a família possuir estrutura e poder aquisitivo, visto que sem esse requisito a sanção possui chances de não surtir efeito. Ademais, a reparação por meio de indenização por danos morais, com o pagamento de pecúnia pelo familiar abusivo ao infante, é medida adotada após o surgimento das sequelas, tendo em vista que é com o aparecimento dos danos que nasce a possibilidade de se ingressar em juízo por esta via. Assim, possui aplicabilidade reparadora das consequências.

No que concerne à multa pecuniária por dia de descumprimento, verifica-se um condão eficaz e imediato, visto que com a imposição da multa o familiar que excede seu direito percebe que, ao interromper os abusos, cessa a incidência da punição, servindo como fonte pedagógica.

Nesse sentido, verificam-se as duas modalidades como sanções a serem aplicadas nos casos de abuso do direito de guarda e visitação: a primeira, principalmente como fonte reparadora aos abalos ocasionados pelos abusos e punição ao familiar que utiliza de forma equivocada suas prerrogativas; a segunda, como forma de interrompê-los. Consistem em dois exemplos de punição cabíveis ao caso em tela e que deverão ser aplicados pelo magistrado em situações pertinentes após estudo do caso familiar.

No que tange às sanções de cunho parental, ressalta-se que se trata de sanções de direitos, os quais são exercidos de forma abusiva pelo familiar. A primeira punição

desenvolvida consiste na alteração do modelo de guarda unilateral para o compartilhamento do instituto. Ao desenvolver o estudo, percebeu-se a guarda compartilhada como um modelo a ser seguido. Entretanto, da mesma forma, verificou-se que esse compartilhamento exige bom senso e interesse dos familiares, visto que sem esses requisitos torna-se ineficaz a reversão. Conclui-se que, em casos de abuso do direito, tanto por parte do guardião, como dos familiares, reina um clima de discórdia, não condizente com a guarda compartilhada. Assim, verifica-se a reversão do modelo adotado como ineficaz.

Quanto à sanção de reversão do encargo de guardião, bem como à punição de suspensão ou visitas mediante acompanhamento, percebe-se a viabilidade ao caso em tela. Trata-se de uma medida extrema a ser adotada em casos graves de abuso, sendo a última opção dos magistrados, visto que seus efeitos repercutem nos familiares e, da mesma forma, na prole.

Essa modalidade de sanção é a mais rigorosa. Entretanto, em casos extremos e abusos cometidos de forma reiterada, mesmo após punições mais leves, torna-se necessária uma sanção mais drástica. Da mesma forma, essa modalidade não se apresenta como uma medida para punir o genitor guardião ou demais familiares, mas desenvolve-se sobre a circunstância de afastar a criança do parente abusivo, aplicando-se, neste caso, o princípio do melhor interesse da criança, privando-a do contato maléfico do familiar abusivo.

Observa-se, portanto, aplicabilidade da sanção de reversão do guardião, bem como a suspensão das visitas, ou ainda a efetivação das mesmas de forma acompanhada, nos casos de abuso do direito de guarda e visitação, devendo o magistrado aplicar essa medida quando constatados casos graves de abuso, ou, ainda, após a aplicação de punições mais leves que não surtiram efeito, visto que se trata de medida condizente para a cessação dos excessos e torna-se, não raras vezes, a única solução para resolver o conflito familiar.

Quanto às sanções derivadas da lei da síndrome da alienação parental, percebe-se sua adequação aos casos de abuso de direito familiar, possuindo medidas de várias extensões e efeitos; logo, compete ao magistrado identificar e punir o alienado conforme os atos alienantes praticados. Torna-se essa norma norte a vigorar em todos os conflitos familiares, possuindo, da mesma forma, aplicabilidade aos casos de abuso do direito de guarda e visitação.

Verifica-se que, por ser a alienação parental um exemplo de abuso do direito nas relações guardiãs e de visitação, a lei que rege sobre a síndrome aplica-se de forma intensa nas relações de exercício irregular de direito, servindo essa norma como avanço legislativo para prevenir, punir e remediar os excessos praticados pelos familiares. Consta-se no texto legal métodos a serem seguidos pelo magistrado quando identificados os exageros, bem como o procedimento a ser seguido.

Tecidas considerações acerca das medidas sancionatórias aplicáveis aos excessos praticados por guardiões e demais familiares no exercício da guarda ou direito de visita, percebe-se não ocorrer a mecanicidade de aplicação da punição; pelo contrário, tem-se de estudar qual a melhor medida a ser tomada. Isso decorre da verificação de que cada circunstância repercute de uma forma no infante, do mesmo modo que prejudica com certa gravidade o menor.

Assim, deve o magistrado verificar as consequências do abuso e aplicar a sanção mais adequada, entre as tantas dispostas e possíveis, para o caso concreto. Objetivando, portanto, assegurar ao infante o princípio magno da dignidade da pessoa humana, garantindo uma proteção elevada capaz de estancar os excessos e amenizar suas consequências da forma menos gravosa para o menor.

No desempenho de seu poder de jurisdição, competirá ao juiz, identificar os excessos praticados (esta identificação, consoante explanado, verifica-se através da boa-fé objetiva, percebendo o juiz que o familiar desvirtuou-se da finalidade social, ou deixou de agir de forma correta e leal, de modo que incide em abuso) e, dessa forma, aplicar a sanção devida, para que surta o efeito desejado: punição, reparação, cessação dos excessos ou prevenção. Consiste, assim, em um juízo de equidade.

A decisão por equidade consiste na justiça ao caso concreto, percebendo-se por essa forma o entendimento de que a melhor solução para a reparação dos abusos consiste em análises feitas pelo magistrado após análise peculiar da situação, encontrando-se a resolução do conflito através da melhor alternativa apresentada para aquele caso. Tercio Sampaio Ferraz Junior acrescenta sobre a equidade:

Fala-se aqui no sentimento do justo concreto, em harmonia com as circunstâncias e adequado ao caso. O juízo por equidade, na falta de norma positiva, é o recurso a uma espécie de intuição no concreto, das exigências da justiça enquanto igualdade proporcional. (2001, p. 300).

Ainda assinala o doutrinador que o magistrado deve sempre buscar uma racionalização da intuição, mediante a análise das exposições práticas dos efeitos que se pretende buscar e do efeito que será alcançado. Assim, no caso em tela, abusos de direito do guardião e visitantes, é mister que o juiz ao aplicar a medida sancionatória, busque entender como a punição aplicada irá refletir no infante, bem como nos demais familiares, verificando, assim, se a decisão irá atingir a finalidade proposta: estancar os excessos, remediar os abalos no infante e punir o infrator por seus atos.

Dessa forma, constata-se não ocorrer a possibilidade de aplicação mecânica das sanções; o inverso, deve-se produzir um estudo buscando a melhor solução a ser aplicada. Nesse sentido há a necessidade de magistrados preparados para identificar e punir abusos praticados por guardiões e visitantes no exercício da guarda e das visitas, visto que competirá a esse adotar as medidas pertinentes. Ressalta Ana Surany Martins Costa:

E tal colocação se baseia no fato do juiz ser o pai social, ou seja, a porta inaugural por onde a lide adentra, cabendo ao mesmo ter atenção e sensibilidade em todos os aspectos do processo, notadamente, por ocasião das audiências (conciliação, instrução, oitiva de menores, etc.), tendo acuidade redobrada [...]. (2010, p. 72).

Para que se efetive essa percepção do juiz, faz-se pertinente a aplicabilidade de uma recente alternativa que tem ganho força no direito, principalmente na área familiar: a interdisciplinaridade. Esse instituto consiste no auxílio ao magistrado por profissionais alheios ao direito e inseridos em outras áreas correlacionadas, como a psicologia e a assistência social. Nesse sentido manifesta-se Conrado Paulino da Rosa:

[...] a necessidade de um trabalho interdisciplinar, envolvendo profissionais de diversas áreas, como advogados, psicólogos, assistentes sociais, entre outros, para tratar de conflitos familiares, vem, cada vez mais, sendo enfatizada para proporcionar uma prestação de serviço mais adequada e eficaz às famílias que estão em conflito. (2010, p. 90).

Ainda ressalta o doutrinador, que nos tempos atuais, não se pode entender o direito como uma ciência apartada das demais. Por isso é imperiosa a interdisciplinaridade de

outras áreas do conhecimento, verificando ser essencial para o campo familista a intervenção da psicologia e da assistência social. (2010, p. 90).

Torna-se fundamental para os conflitos gerados pelo abuso do direito de algum dos familiares uma equipe multidisciplinar para ajudar o magistrado a remediar as sequelas dos excessos, conforme Euclides de Oliveira:

[...] cabe ao Juiz intervir nos conflitos familiares, com auxílio de equipe multidisciplinar (psicólogos e assistentes sociais e outros profissionais da área), detectar, prevenir e coibir os procedimentos que configuram desajustes na relação entre pais e filhos [...]. (2010, p. 232).

É pertinente explicar que nas recentes leis promulgadas e que tratam de violências de cunho familiar – Lei Maria da Penha e Lei da Síndrome da Alienação Parental – as equipes multidisciplinares se encontram presentes e desempenham papel primordial para o combate a essas agressões. Na lei 12.318/2010, que trata da alienação parental, encontra-se disposta no artigo 5º e seus parágrafos a interferência interdisciplinar:

Havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, 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 criança ou adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra genitor. § 2º A perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitados, exigido, 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. (BRASIL, lei nº 12.318/2010).

Dispõe a norma que, em casos nos quais o juiz constate a necessidade de interferência de outras áreas, determinará o assessoramento pelos assistentes, com a elaboração de perícias e laudos a fim de comprovar a alienação. (BRASIL, lei nº. 12.318/2010). Nessa mesma seara, a Lei Maria da Penha dispõe sobre a equipe de

atendimento multidisciplinar, que engloba profissionais especializados nas áreas psicossociais, jurídicas e de saúde. Consoante o artigo 30 da referida lei, competirá a estes:

fornecer subsídios por escrito ao juiz, ao Ministério Público e à Defensoria Pública, mediante laudos ou verbalmente em audiência, e desenvolver trabalhos de orientação, encaminhamento, prevenção e outras medidas, voltados para a ofendida, o agressor e os familiares, com especial atenção às crianças e aos adolescentes. (BRASIL, lei nº 11.340/2006).

Compete ainda ao conjunto interdisciplinar identificar casos mais graves e recomendar ao magistrado a intervenção de outros profissionais se necessário, inclusive indicando o atendimento pertinente para o caso. Percebe-se, assim, a valorização das demais áreas de conhecimento como forma de resolução para conflitos familiares.

Constata-se, diante do exposto, a necessidade de inserção de uma equipe de profissionais para assistir o juiz nos casos de abuso de direito, bem como assessoramento de formas de tratamento para esta família, que sofre com as consequências derivadas dos abusos do direito. Compete, da mesma forma, a esses profissionais os ajustes de tratamentos e sanção mais adequada para o caso familiar, ajudando o magistrado a encontrar uma solução que surta efeito e, da mesma forma, não atinja negativamente os demais membros familiares, principalmente o menor, visto que detentor de garantias constitucionais, como o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, no sentido de que a solução aplicada não o prejudique.

O infante como possuidor de tratamento especial, deve ter assegurado pelo Judiciário um tratamento condizente com suas prerrogativas. Percebe-se que uma alternativa apropriada para solução dos conflitos gerados pelos abusos do direito de guarda e visitação é a aplicação de uma sanção pelo magistrado após análise do caso em particular, o conhecido juízo de equidade, ressaltando-se a pertinência da interferência de uma equipe interdisciplinar como forma de assessoramento ao magistrado para que esse consiga dizer o direito ao caso concreto.

Outra maneira alternativa de tratamento de disputas familiares consiste no instituto da mediação, pelo qual se busca uma solução consensual entre os familiares mediante a intervenção de um profissional habilitado para instigar a negociação. Nas palavras de Maria Helena Diniz:

A mediação, com a intervenção de terceiro neutro (mediador), procura a conciliação das partes com interesses opostos, promovendo um acordo. Daí o papel do mediador, profissional qualificado que busca o diálogo entre os envolvidos, para que eles, após uma reflexão, venham a firmar acordos que atendam às necessidades de todos e conduzam à corresponsabilidade parental [...]. (2010c, p. 360).

Essa modalidade, que busca a resolução de conflitos por meio da conversa e da negociação entre os familiares, de certo modo, deriva da forma como nos tempos remotos se encontravam as soluções, visto que, consoante Conrado Paulino da Rosa, o pai possuía o poder de dizer sobre a família e a resolução de conflitos:

É possível verificar, mediante a análise realizada, que originalmente a resolução dos conflitos familiares era realizado no seio da própria família, por meio do pai. Assim, o espaço privado não sofria influências extremas, de modo que o *pater* possuía um poder de vida e morte sobre seus subordinados. (2010, p. 87). (grifo da autor).

Em tempos primórdios, competia à família chegar a um consenso sobre os problemas que enfrentava. Entretanto, com a apropriação do Estado do poder de dizer o direito e realizar a execução das sentenças proferidas, passou a ser legitimado para dirimir os conflitos existentes na sociedade, (ROSA, 2010, p. 87). Na área familiar esse se encontra em partes restrito pelo chamado princípio da intervenção mínima, que vigora nas relações familiares e pelo qual o ente estatal somente adentra quando chamado, ou em casos peculiares e gravíssimos.

Ressalta-se ainda que as pessoas são livres para buscar a solução de seus conflitos por meio do judiciário, visto que o acesso a este é irrestrito. Entretanto, nas palavras de Conrado Paulino da Rosa, as pessoas deixaram de resolver seus conflitos de forma consensual e independente a partir do livre acesso ao Judiciário, buscando nesse a solução para todos os “males”. (2010, p. 86).

Entretanto, com os problemas que o Judiciário atualmente enfrenta, bem como a falta de tempo dos magistrados para analisar cada situação peculiar, verifica-se o aumento dos transtornos familiares e a sua não solução, aumentando a dor e o sofrimento, juntamente com a animosidade e o litígio, (ROSA, 2010, p.90). Assim, torna-se pertinente

o estudo sobre métodos alternativos de resolução dos conflitos familiares, como o caso da mediação.

Nas questões de conflitos familiares, os problemas vão além dos limites legais, adentrando na área dos sentimentos dos entes daquela família, como ressentimentos mal curados, frustrações mal resolvidas. Esses geram mais animosidade, e influenciam em situações alheias ao problema não curado. Segundo Maria Helena Diniz:

Os conflitos familiares decorrem de uma inadequada comunicação, por isso a mediação familiar tem por escopo primordial estabelecer uma comunicação, conducente ao conhecimento do outro e à intercompreensão, partindo de explicações, buscando informações e permitindo intersubjetividade entre os mediandos, para que cada um possa compreender o que o outro diz ou quer. (2010c, p. 360).

Assim, por meio do instituto da mediação, são os familiares que, pelo diálogo, encontram a solução mais apropriada para a situação, não consistindo em punições e em sanções a resolução, mas em negociações consensuais. Maria Berenice Dias discorre sobre a pertinência da mediação para os casos de problemas envolvendo guarda de menores:

A mediação é uma das formas mais adequadas para solver esse tipo de controvérsia. A solução, em vez de ser ditada pelo juiz, é encontrada pelos pais, que assumem suas próprias responsabilidades, e liberta a criança aprisionada dentro desse confronto. (2007, p. 403).

Nesse mesmo sentido manifesta-se Maria Helena Diniz:

A mediação procura criar oportunidade de solução do conflito, possibilitando que, com maturidade, os protagonistas repensem sua posição de homem, mulher, pai e mãe, verificando seus papéis na conjugalidade e na parentalidade, e impedindo violência das disputas de guarda de filhos menores e visitas. Com isso, protege-se a prole de comprometimentos psicológicos e psicossomáticos, tão frequentes no período pós-separação ou pós-divórcio de seus pais. (2010c, p. 361).

Ademais, a mediação é benéfica principalmente ao infante, visto que não se sente culpado por punir algum dos familiares; pelo contrário, pela mediação, é alertado o familiar sobre os malefícios e prejuízos que causa ao menor. Em casos positivos, aproxima e beneficia as relações familiares, trazendo-se, assim, o princípio constitucional da paternidade responsável, que consiste no desempenho atuante do genitor como forma de garantir a prole requisitos essenciais para sua formação. Garante da mesma forma o restabelecimento do princípio da solidariedade da família, onde todos os membros da entidade, devem, assegurar de forma prioritária a assistência moral e da mesma forma material aos demais parentes. Percebendo-se a pertinência de uma resolução consensual, caso da mediação, como forma de restaurar princípios infringidos e de extrema importância para a família.

Assim, conclui Maria Helena Diniz que “louvável seria a implantação da mediação como técnica de solução alternativa e consensual de conflitos”. (2010c, p. 362). No mesmo sentido posiciona-se Conrado Paulino da Rosa afirmando que a mediação seria “um avanço para a modernidade, apoiando o litígio em um objetivo de resolução através da conversa e do sepultamento de todos os males”. (2010, p. 93).

Entretanto, a mediação familiar não se encontra num todo estabelecida, pois, legislativamente, ainda não encontrou espaço, embora tramite projeto de lei da deputada Zulaiê Cobra Ribeiro, de nº. 4.827/1998. A iniciativa versa sobre a institucionalização do instituto da mediação como método de prevenção e solução consensual de conflitos na esfera cível. Atualmente, o projeto encontra-se junto à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. (BRASIL, Câmara dos Deputados)

Assim, verifica-se que a mediação parte de projetos dos tribunais. É o caso do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que instituiu o serviço de mediação familiar pela resolução nº. 11/2001, tratando-se de serviço posto à disposição da sociedade, em que, por meio de diálogo e conversas, os familiares alcançam o bem comum:

Nesse sentido, o Serviço de Mediação Familiar instituído nas comarcas, executado por equipe multidisciplinar composta por assistentes sociais, psicólogos e bacharéis em Direito, há de contribuir para o efetivo atendimento de casos complexos e, na maioria das vezes, desgastantes para pais, filhos e outros envolvidos. Ademais, a mediação nos conflitos familiares contribui sobremaneira para o exercício da cidadania, uma vez que proporciona a resolução de problemas íntimos pelos próprios envolvidos, deixando nas mãos do magistrado apenas o que não foi possível acordar pela mediação. É importante ressaltar o envolvimento de Universidades como fator fundamental na difusão do projeto, uma vez que essa parceria oferece suporte teórico e prático às atividades desenvolvidas, garantindo a interdisciplinaridade que o método propõe. Importante destacar, ainda, o apoio do Ministério Público, do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) e dos advogados que vêm prestando assessoria jurídica, bem como peticionando para que os acordos sejam homologados em juízo. (BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina).

Nesse sentido, percebem-se a pertinência e os benefícios proporcionados pela mediação familiar. Entretanto como não devidamente implantado legislativamente, somente através de projetos, não é a todos disponibilizada. A mediação é uma forma de resolver os conflitos familiares de forma consensual, aplicando-se aos casos de abusos de direito de guarda e visitação e surgindo como uma nova alternativa para a resolução do conflito.

Tecidas considerações acerca das soluções a serem aplicadas aos casos de conflito gerados pelos abusos de direito de guardiões e visitantes, é pertinente explanar como soluções plausíveis a decisão por meio do juízo equitativo, em que o juiz verificará a incidência em abuso do direito pelo familiar, através da ultrapassagem dos limites da boa-fé objetiva e finalidade social da norma. Aplicará, assim, ao caso em concreto a melhor solução, podendo usufruir de uma equipe interdisciplinar para alcançar maior eficácia. Alternativamente, considera-se a mediação outra solução aplicável, visto que resolve de forma consensual o litígio.

O certo é que os malefícios ocasionados ao infante pelos abusos cometidos por seus familiares é de extrema relevância social e deve ser combatido, por serem prejudiciais à formação do menor, visto que impedem seu perfeito desenvolvimento pessoal, social e psicológico. Ademais, infringem princípios constitucionais garantidores da proteção integral do menor.

Assim, conclui-se pela pertinência do presente estudo monográfico, eis que tece considerações acerca dos contornos jurídicos dos abusos do direito de guarda e visitação, excessos praticados que prejudicam a família e, em especial, o infante, ferindo os

princípios basilares da convivência e afetividade, garantidores da felicidade e harmonia dos familiares, além de analisar métodos alternativos para a resolução desses conflitos.

CONCLUSÃO

Visualizando-se o estudo realizado, percebeu-se a vasta aplicação do instituto do abuso do direito no direito de família, visto tratar-se de uma área jurídica que envolve sentimentos, tornando-se campo fértil para o cometimento de excessos por parte dos envolvidos.

Constatou-se o descaso de familiares com os direitos conferidos a crianças e adolescentes, pois, ao contrário do que se esperava, genitores, avós, tios e irmãos exercem seus direitos de forma despropositada, visualizando somente o benefício próprio. Assim, deixam de lado as atenções e cuidados que deveriam dirigir ao infante, merecedor de afeto, saúde, educação, limites e cuidados. A ausência desses requisitos básicos para a formação causa danos irreparáveis e, geralmente, irreversíveis ao infante.

A Convenção Internacional dos direitos da Criança, a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente garantem aos menores prioridades de direitos ao buscarem sua proteção integral. Ainda aprovam o afeto e convivência como requisitos essenciais na busca de torná-los seres humanos livres de frustrações. Entretanto, percebeu-se que essas normas são violadas, tendo em vista que os parentes que excedem suas prerrogativas deixam de observá-las, colocando o infante em última prioridade.

Assim, verificou-se a presença do instituto do abuso do direito nas relações de guarda e visitação, enfoque do presente estudo monográfico, visto ser neste campo que os excessos tomam formas perigosas e irremediáveis, pois o menor encontra-se vulnerável diante da separação dos pais.

Percebeu-se que os familiares que ultrapassam a finalidade de seus direitos desviam-se da intenção social da norma que lhe concedeu a guarda ou as visitas, utilizando as prerrogativas concedidas como forma de punir o ex-consorte ou demais familiares, não visualizando o malefício que ocasionam ao menor, a quem deveria proteger. De igual sorte, os abusivos não exercem seus direitos de acordo com o padrão imposto pela boa-fé objetiva, que prima por condutas leais e corretas no exercício dos seus direitos, circunstância passível de análise objetiva pelo magistrado quando se sua incidência no plano da práxis forense.

Diante dessas situações, percebeu-se a necessidade de intervenção estatal, por serem situações prejudiciais ao infante, que desenvolve sequelas em sua formação, as quais o acompanharão, pois se incorporam à sua personalidade. Percebeu-se, assim, a necessidade de aplicação de punições aos familiares que excedem suas prerrogativas como forma de remediar os abalos ocasionados.

Ressaltou-se a importância das sanções de ordem econômica – indenização por danos morais e fixação de multa diária por descumprimento da ordem judicial – como vias que pretendem, por meio da pecúnia, remediar os abalos ocorridos no infante, ou ainda intimidar o abusivo pela condenação ao pagamento de indenização ou valor da *astreinte*, mostrando-se duas alternativas a serem aplicadas na presente situação, embora constituam sanções dependentes de boas condições financeiras da família para que surtam o efeito desejado.

Com a aplicabilidade de punições de ordem familiar, busca-se estancar os excessos ou punir os familiares que ultrapassam seus direitos pela prática de abusos, quais sejam: a alteração da guarda unilateral para o modelo compartilhado do instituto, a reversão da guarda e a suspensão ou visitação mediante acompanhamento e, ainda, as sanções previstas na recente lei que dispõe sobre alienação parental. A primeira sanção mostrou-se ineficaz, visto que a guarda compartilhada não resiste ao ambiente de animosidade e ressentimentos que envolvem as relações abusivas; as outras duas, plenamente possíveis. A reversão da guarda e a suspensão das visitas ou a realização dessas mediante acompanhamento mostram-se como punições severas. Entretanto, visualizadas como uma forma de separar o abusivo do menor para que cessem aos abusos, são plenamente viáveis para casos graves de excessos ou reiteradas condenações em sanção mais brandas e não raras vezes mostram-se como única alternativa para cessar os excessos e reconfortar o infante.

A Lei da Síndrome da Alienação Parental neste campo aponta para soluções plausíveis, prevendo modalidades sancionatórias aplicáveis a cada caso concreto de alienação, atribuindo ao juiz papel fundamental de atuar quando instado a se manifestar em relações conturbadas de família, identificando e punindo as alienações, sempre preocupado com a análise do caso concreto.

Assim, percebeu-se a importância da equidade enquanto critério interpretativo e valorativo incidente nas decisões envolvendo a temática. Não obstante, para melhor atingir a finalidade normativa constitucional é impreterível que o Judiciário disponha do apoio uma equipe interdisciplinar para estudar o caso concreto, auxiliando-o no mister de dizer o

direito para cada situação ou mediando as partes a partir de um juízo objetivo do grau de abusividade implicado em suas seqüelas.

A mediação é método auxiliar alternativo que visa solucionar conflitos familiares por meio da conversa e do diálogo, devendo os familiares em consenso chegar ao bem comum e decidir sobre a situação familiar. Entretanto, por não existir lei dispendo sobre o presente instituto o mesmo surge de iniciativas dos tribunais que objetivam disponibilizar esse serviço à população, caso do Estado de Santa Catarina. Assim, percebe-se que a mediação encontra-se um tanto distante da realidade existente, pois faz parte de iniciativas judiciárias, por meio de projetos individuais aplicáveis a cada jurisdição.

Quanto as possibilidades de amenizar, punir, ou estancar os abusos do direito nas relações de guarda e visitação, soluções buscadas como forma de amenizar o ocorrido e evitar que os traumas se propaguem. Entretanto, percebeu-se que as sanções pertencem ao pós-abuso, visto que, em sua maioria, não possuem o condão preventivo, eis que dependerá de cada familiar a busca por uma formação digna do infante, merecedor de toda a proteção e afeto.

Sem dúvida compete à família a conscientização quanto às necessidades do infante, eis que carece de algo mais do que alimentação, ou seja, precisa de atenção, cuidados, educação, limites e, sobretudo, de amor e afeto. O menor, pessoa em desenvolvimento, necessita de requisitos básicos e essenciais para sua perfeita formação, não podendo de forma alguma sofrer punição e descaso por objetivos mesquinhos e despropositados de seus parentes. Assim, caberá a cada membro da família prezar por um ambiente capaz de tornar a criança um ser a quem é garantida toda proteção, bem como que sejam buscados e atingidos os seus interesses.

Entretanto, em casos familiares onde não seja observada a busca pelo melhor interesse do infante, caberá ao judiciário, quando chamado, intervir nas relações familiares conturbadas e solucionar a questão, utilizando-se de meios eficazes repressivos e da mesma forma preventivos.

Cabe ao magistrado, com apoio de uma equipe interdisciplinar, observar desde o processo de separação e divórcio, processo de guarda e processo de regulamentação de visitas, as condutas dos familiares, sanando as dificuldades, os remorsos e os ressentimentos através de tratamentos específicos, visto que é a melhor alternativa para que os abusos de direito de guarda e visitação não ocorram, pois consoante compreendido, os

mesmos possuem origem em sentimentos mal resolvidos, e ultrapassam os problemas legais, atingindo da mesma forma a psicologia.

Assim, percebe-se constituir papel do judiciário, além de punir, estancar e remediar as sequelas, interceder como forma de prevenir os abusos, devendo incidir em tratamentos alternativos como forma de sanar as questões mal resolvidas e aplicar a cada situação familiar o direito.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Vade Mecum*. PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos. 9.ed. atual. e ampl. São Paulo, Saraiva, 2010.

_____. Lei Nº 11.340, DE 7 DE AGOSTO DE 2006. *Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 19 set. 2010.

_____. Lei 12.318. *Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm>. Acesso em: 19 set. 2010.

_____. Lei 11.698. *Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm>. Acesso em: 19 set. 2010.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br/>>. Acesso em: 19 set. 2010.

_____. Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/diarios.asp>>. Acesso em: 20 set. 2010.

_____. *Decreto nº. 99.710*. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 19 set. 2010.

_____. *Apelação Cível n. 2004.034220-9*. de Timbó Relator: Monteiro Rocha Juiz Prolator: Edson Marcos de Mendonça Órgão Julgador: Quarta Câmara de Direito Civil Data:17/07/2008). Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br/>>. Acesso em: 17 ago. 2010.

_____. *Apelação Cível N° 70017390972*. Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 13/06/2007. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em: 17 ago. 2010.

_____. *Agravo de Instrumento N° 70009442500*, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 08/09/2004. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em: 17 ago. 2010.

_____. *Apelação Cível N° 70033658147*, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 12/05/2010. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em: 17 ago. 2010.

_____. *Agravo de Instrumento N° 70018249631*, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 11/04/2007. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em: 20 set. 2010.

_____. *Agravo de instrumento n° 16489*, 11ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Paraná, Relator: Augusto Lopes Cortes, julgado em 16/06/2010. Disponível em: <<<http://portal.tjpr.jus.br/web/guest>>> Acesso em: 20 set. 2010.

_____. *Agravo de Instrumento N° 70024978926*, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 13/11/2008. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em: 20 set. 2010.

_____. *Agravo de Instrumento N° 70015785090*, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 23/08/2006. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em: 20 set. 2010.

_____. *Agravo de instrumento n° 0028354-84.2010.8.19.000* de Rio de Janeiro, Relator Des. Sebastião Bolelli, décima quinta câmara cível, data 02/09/2010. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/>>. Acesso em: 20 out. 2010.

_____. *Agravo de Instrumento N° 70015224140*, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 12/07/2006. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em: 20 set. 2010.

_____. *Agravo de Instrumento N° 70008335481*, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 07/04/2004. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em: 20 set. 2010.

_____. *Apelação Cível n.º 408.550-5*. 7ª câmara cível, rel. Unias Silva Tribunal de Justiça de Minas Gerais, j. 01.04.2004. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/>>. Acesso em: 20 set. 2010.

_____. STJ, 4ª Turma, *Recurso Especial n.º 2005/0085464-3*, rel. Fernando Gonçalves, 29/11/2005. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp>. Acesso em: 20 set. 2010.

_____. *Apelação Cível n.º 2004.001.13664* – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/>>. Acesso em: 20 out. 2010.

_____. *Apelação Cível N.º 70029347036*, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 11/11/2009. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em: 20 set. 2010.

_____. *Agravo de Instrumento N.º 70011895190*, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 21/09/2005. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em: 20 set. 2010.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo – AP. *Cível 532.239-4/0-00, 26-11-2008*, 5ª Câmara de Direito Privado – Rel. Silvério Ribeiro. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br/>>. Acesso em: 20 set. 2010.

BRUNO, Denise Duarte. A guarda compartilhada na prática e as responsabilidades dos pais. *Revista IBDFAM*. Porto Alegre: Magister, 1. ed. mai. 2010. p. 223-230.

CANEZIN, Claudete Carvalho. Da guarda compartilhada em oposição à guarda unilateral *Revista IBDFAM*. Porto Alegre: Magister, v. 6. n.º 28. fev/mar. 2005. p. 05-25.

CARPENA, Heloísa. *Abuso do direito nos contratos de consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Curso de direito civil: obrigações: responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010a v. 2.

_____. *Curso de direito civil: família; sucessões*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010b v. 5.

COSTA, Judith Martins. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COSTA, Ana Surany Martins. Alienação parental: o “jogo patológico” que gera o sepultamento afetivo em função do exercício da abusivo da guarda. *Revista IBDFAM*. Porto Alegre: Magister, v. 16. jun/jul 2010. p. 62-81.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Curso do direito civil brasileiro: direito de família*. 20 ed. rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. 5v.

_____. *Curso do direito civil brasileiro: direito de família*. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 5

_____. *Curso de direito civil brasileiro, : responsabilidade civil*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010b. v. 7

_____. *Curso de direito civil brasileiro: teoria do direito civil*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2010a.

FARIAS, Cristiano Chaves. Variações do abuso do direito nas relações de família: o venire contra factum proprium, a supressio/surrectio, o duty to mitigate the loss e a violação positiva do contrato. *Revista IBDFAM*. Porto Alegre: Magister, 1. ed. mai. 2010. p. 199-221.

FERRAZ JUNIOR, Tecio Sampaio. *Introdução ao estudo de direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil: parte geral*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

GARCEZ NETO, Martinho. *Responsabilidade civil no direito comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GOMES, José Jairo. *Direito civil: introdução e parte geral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Direito civil brasileiro: parte geral*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010a.

_____. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010b. v 6.

LIRA, Wladimir Paes. Direito da criança e do adolescente à convivência familiar e uma perspectiva de efetividade no direito brasileiro. *Revista IBDFAM*. Porto Alegre: Magister, 1. ed. mai. 2010. p. 523-555.

LLAMBIÁS, Jorge Joaquín. Tratado de derecho civil: parte general. Tomo II. 16. ed. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1995. In: MATEIRO, Mário Martins (org.). *Propriedade abuso de direito e função social*. Passo Fundo: EDIUPF, 1998, p. 21-22.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil: direito de família e sucessões*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 5

LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MERCANTÔNIO, Roberta. Abuso de direito no direito de família. *Revista IBDFAM*. Porto Alegre: Magister, v. 15. abr/mai 2010. p. 50-88.

MONTEIRO, Washington de Barros. SILVA, Regina Beatriz Tavares. *Curso de direito civil: direito de família*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Deveres parentais responsabilidades civil. *Revista IBDFAM*. Porto Alegre: Magister, v. 7 n 31, ago/set. 2005. p. 39-66.

NERY JUNIOR, Nelson. ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código Civil Comentado/ Nelson Nery Junior*,. 4. ed. rev. ampl. e atual até 20 de maio de 2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. Do dano moral e a transmissão da AIDS entre cônjuges e entre companheiros. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. (coord). *Direito e responsabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 119-142.

OLIVEIRA, Euclides. Alienação parental. *Revista IBDFAM*. Porto Alegre: Magister, 1. ed. mai. 2010. p. 231-255.

OLTRAMARI, Vitor Ugo. *O dano moral na ruptura da sociedade conjugal*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro, Forense, 2007.

PEREIRA, Tânia da Silva. Da adoção. In: DIAS, Maria Berenica. *Direito de família e o novo Código Civil*. 4. ed. 2.tir. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PORTUGAL, *Código Civil Português*. Coimbra, Almeida, Out. 2009.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direito*. 3. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1991. v. 2.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil: Lei nº. 10.146, de 10.01.2002*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil – Parte Geral*. 28. ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

ROSA, Paulino Conrado da. A mediação como proposta de política pública no tratamento dos conflitos familiares. *Revista IBDFAM*. Porto Alegre: Magister, v. 15. abr/mai 2010. p. 86-93.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

SOUZA, Luiz Sergio Fernandes de. *Abuso de direito processual: uma teoria pragmática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TONIAL, Nadya Regina Gusella. *Contratos: a concretização da dignidade da pessoa humana pelo princípio da boa-fé objetiva*. Passo Fundo: Ed. Universidade de Passo Fundo, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. *Direito de família*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.