



Recebido 14 fev. 2014

Aceito 11 abr. 2014

DIREITO À CONVIVÊNCIA E SEPARAÇÃO DOS GENITORES: CONCRETIZAÇÃO COMO PRIORIDADE

*Luiz Afonso Rangel Serrano**

RESUMO

O direito à convivência é garantido pela Constituição Federal. Ocorre que, diante da separação dos genitores, são inúmeras as dificuldades que surgem para sua preservação. Intenta este trabalho demonstrar a importância de se superar esses óbices e priorizar a concretização desse direito. Procura, ainda, apresentar como deve ocorrer tal efetivação.

Palavras-chave: Direito à convivência. Concretização. Separação.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal, em seu art. 227, garante o direito à convivência familiar e atribui à própria família, à sociedade e ao Estado o dever de concretizá-lo. A expressão “familiar” indica que é assegurado aos pais (e a quem tenha vínculo de afetividade importante) e também aos filhos, em relação a ambos.

Quando os genitores permanecem juntos, não há grandes complicações na efetivação desse direito, mercê de, em regra, viverem sob o mesmo teto, e ambos participarem do cotidiano do filho. As dificuldades e discussões surgem da separação deles, desde o momento de definição da guarda.

* Graduando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Estagiário da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Norte.

O rompimento da relação conjugal quase sempre é traumático, visto que resulta de um conflito dos ex-cônjuges ou ex-companheiros, o qual acaba se prolongando mesmo depois de separados há considerável tempo. E os filhos são quem mais sofre, pois perdem a estrutura familiar – símbolo de estabilidade e segurança – que lhes assegura melhor desenvolvimento. Sentem-se impotentes e rejeitados, nutrindo um sentimento de solidão, como se os pais estivessem violando as obrigações da parentalidade. Criam o medo, e, até mesmo, a sensação de perda de um ou ambos os pais.

Diante disso, deve-se buscar ao máximo atenuar os traumas e prejuízos, evitando-se a ruptura de ligação ou o afastamento com os pais. Mister lembrar que a dissolução da relação conjugal não implica na extinção da relação com o filho, nem na cisão quanto aos direitos e deveres relativos a ele. As decisões tomadas devem se basear na proteção integral e no melhor interesse dos menores, em virtude de imposição constitucional (art. 227 da Constituição Federal).

O presente trabalho tem por escopo demonstrar a importância da preservação e concretização prioritária do direito à convivência como forma de se minimizar os impactos da separação, primeiramente, no momento de escolha do modelo de guarda, e, em seguida, na forma como será ela exercida, apresentando também meios de efetivá-lo na prática.

Visa, outrossim, apontar a necessidade da implementação de medidas, sugerindo como devem ser estabelecidas.

2 A PREFERÊNCIA PELA GUARDA COMPARTILHADA E O DIREITO À CONVIVÊNCIA

Ocorrendo a separação dos pais, uma das decisões mais importantes a ser tomada diz respeito à guarda do filho, isto é, à escolha da residência na qual o infante morará (DIAS, 2013). Por intermédio de um acordo ou por determinação judicial, é estabelecida a maneira como os genitores irão conviver com o filho, dividindo os períodos de convívio. São duas as modalidades de guarda elencadas e posteriormente conceituadas pelo Código Civil em seu art. 1.583: a unilateral e a compartilhada.¹

¹ Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. § 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

A partir das alterações no Código Civil, levadas a efeito pela Lei 11.689/08, a guarda compartilhada foi estabelecida como a preferencial. O legislador, inclusive, recomenda ao juiz que mostre as vantagens desse modelo (art. 1.584, § 1º)². Nesse tipo de guarda, o filho passa a ter dois lares, duas residências. Além da companhia, os pais terão os mesmos poderes sobre ele, e deverão tomar decisões em conjunto, considerando sempre o interesse do menor, ou seja, o que melhor contribuirá para o seu desenvolvimento.

Acertada foi essa preferência, visto que privilegia o direito à convivência, mitigando os efeitos negativos da ruptura dos genitores e favorecendo maior participação de ambos no desenvolvimento do filho. E, destarte, de forma reflexa, atende à proteção integral e ao melhor interesse do menor.

A restrição ao direito de conviver é inerente ao processo de dissolução da relação parental. Na guarda compartilhada, no entanto, a restrição é mínima e igualitária para os pais. Ambos terão a companhia dos filhos em suas residências, promovendo a permanência de uma vinculação mais próxima. Além disso, os dois são corresponsáveis diretos pelo filho, devendo tomar as decisões sobre sua formação em conjunto. E, mesmo que assim não determinassem as normas legais, por terem ambos a guarda e conviverem com o filho, inconscientemente, constroem maior zelo pela sua formação e cuidado para com suas necessidades, tanto materiais como afetivas.

Essa linha de pensamento é evidente na doutrina majoritária (BAPTISTA, 2008; BRUNO, 2006; DIAS, 2013; LEITE, 2003; LÔBO, 2011). Aplaudindo o legislador, Paulo Lôbo (2011) adverte que o modo compartilhado só deve ser afastado quando o melhor interesse dos filhos recomendar a guarda unilateral. MOTTA (citado por DIAS, 2013, p. 454), por sua vez, afirma: “O maior conhecimento do dinamismo das relações familiares fez vingar a guarda conjunta ou compartilhada, que assegura maior aproximação física e imediata dos filhos com ambos, mesmo quando cessado o vínculo de conjugalidade.”.

Finalmente, importante lembrar que a definição da guarda compartilhada é apenas o primeiro passo da efetivação da garantia constitucional de convivência familiar. Imprescindível é que seja ela exercida de modo a assegurar aos filhos, na prática, a convivência e o acesso livre aos pais.

² Art. 1.584. (...) § 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.

3 A APLICAÇÃO EM CASO DE GUARDA UNILATERAL

Apesar da preferência pela guarda compartilhada, é possível que o juiz atribua a guarda unilateral ou exclusiva a apenas um dos pais quando não chegarem a acordo e se tornar inviável aquela (LÔBO, 2011).

Se isso ocorrer, mais do que nunca, se devem empreender esforços para que, também nessa situação, seja o direito à convivência concretizado prioritariamente, não podendo se aceitar o mero exercício restringido das visitas.

Como retro mencionado, a separação dos pais não importa na ruptura do laço deles com o filho, afinal, “o estado de família é indisponível” (FERREIRA; OLIVEIRA citados por DIAS, 2013, p. 451). O poder familiar não deixa de existir, mantendo-se também todos os direitos e encargos dele decorrentes. Quem não tem o filho sob sua guarda tem o direito e dever de supervisionar os interesses do mesmo (art. 1583, § 3º do Código Civil)³, e de visitá-lo, tê-lo em sua companhia e fiscalizar sua manutenção e educação (art. 1589 do Código Civil)⁴. Além desses, tem-se também o direito à convivência.

Ocorre que o direito de visitas, garantido ao não guardião, é, por si só, mais restrito quando em face do de conviver. O direito do pai não guardião e do filho não se resume às visitas na residência do guardião ou no local designado por este. Abrange ter o infante em sua companhia, estar presente no seu caminhar existencial, e fiscalizar sua manutenção e educação. Visita e convivência são coisas distintas (LÔBO, 2011). Não bastasse isso, não raro, é o regime de visitas aplicado de forma a inviabilizar o direito ao convívio.

Isso em virtude de essa aplicação limitada, caracterizada por encontros em datas e horários preestabelecidos rigidamente e sob firme fiscalização, implicar em uma mecanização da relação entre filho e genitor não guardião, como se fosse uma tarefa a ser executada (DIAS, 2013). Retira algo essencial aos relacionamentos afetivos: a espontaneidade e a naturalidade de seu desenvolvimento. Essa visitação em datas predeterminadas acaba, pois, por criar um distanciamento entre ambos. Consoante os dizeres de Maria Berenice (2013, p. 459), “a imposição de períodos de afastamento leva ao estremecimento dos laços afetivos pela não participação do pai no cotidiano do filho, além de gerar certo descompromisso com o seu

³ Art. 1.583. (...) § 3º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos.

⁴ Art. 1.589. 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.

desenvolvimento”. E o pior: esse afastamento não é apenas no seu sentido físico, mas no de presença nas decisões e no de comunicação mesmo que não presencial.

O poder familiar e o direito à convivência não se limitam a assegurar ao genitor o direito de ter o filho em sua companhia em determinados períodos de tempo. Vão além, garantindo e impondo a participação nas decisões, no cotidiano dos filhos, como meio de preservar sua proteção integral e seu melhor interesse⁵. “Consagrado o princípio da proteção integral, em vez de regulamentar as visitas, é necessário estabelecer formas de convivência, pois não há proteção possível com a exclusão do outro genitor” (BRUNO, citado por DIAS, 2013, p. 459).

Visando à efetivação dessas garantias, de modo direto da de convivência, e indiretamente da de proteção integral e do melhor interesse, quando da guarda unipessoal, é vital flexibilizar o regime de visitas⁶, permitindo e oportunizando ao não detentor da guarda ter contato com seu filho além dos períodos de companhias previamente fixados, incluindo a comunicação telefônica e a realizada através dos novos meios eletrônicos.

Nesse sentido, correto está Paulo Lôbo (2011), ao defender que o direito à convivência impõe o dever de informação aos pais. Toda mudança de residência ou dos meios de comunicação de um dos pais ou do filho deve ser informada prévia e utilmente ao outro, com vistas a conservar a comunicação, o contato, entre o responsável e o menor e, desse modo, a participação direta daquele na vida deste.

O guardião tem o dever de permitir o exercício desse direito, e, caso assuma uma postura de tentar impedir, restará configurada a alienação parental (DIAS, 2013). A negativa ao direito de visita, inclusive, pode ensejar a pretensão indenizatória pelo preterido contra o guardião, por danos materiais e morais (LÔBO, 2011).

Deve-se salientar que não está se defendendo a concessão de discricionariedade ao não guardião de ter o filho em sua companhia na hora e em duração que bem entender, mas sim, que a primazia do direito de conviver deve orientar os pais e o juiz a possibilitarem o contato de forma mais espontânea e, em algumas situações, não determinadas previamente, desde que em interesse do melhor para prole.

⁵ Proteger integralmente o menor e satisfazer seu melhor interesse constituem deveres de cunho constitucional, expressos no art. 227 da Constituição Federal, nestes termos: 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.

⁶ O art. 1.121, em seu § 2º, conceitua o regime de visitas como sendo a forma pela qual os cônjuges ajustarão a permanência dos filhos em companhia daquele que não ficar com sua guarda, compreendendo encontros periódicos regularmente estabelecidos, repartição das férias escolares e dias festivos.

Não se pode olvidar, ainda, que a realização do direito de convivência, através da ampliação e flexibilização do direito de visitas e a própria permissão destas, só poderá ser viabilizada se não for contrária ao melhor interesse e à proteção integral do menor. Há casos nos quais a convivência e até mesmo as visitas são prejudiciais ao filho, seja por motivos referentes à conduta e personalidade do genitor não detentor da guarda ou pela ocorrência de determinados eventos traumáticos ligados a ele. Nesse diapasão, segue o Acórdão nº 99058/TJDF⁷:

O pai tem o direito de visitar o filho e, por sua vez, o menor, já adolescente, tem o direito de aceitar ou não essas visitas, máxime, havendo fundadas razões de fato para a repulsa. Conseqüentemente, o Estado-Juiz não pode compelir que esse adolescente, em determinado dia e horário, compareça em determinado edifício, na presença de funcionário público, para receber a incômoda visita. Seria um constrangimento, o que o direito repudia. Embargos infringentes conhecidos e providos. Maioria.

Ainda assim, a regra é a de priorizar a efetuação da garantia à convivência, justamente por, em quase a totalidade dos casos, configurar-se como o melhor para os filhos, protegendo-os integralmente quando da separação dos pais e do deferimento da guarda unipessoal.

4 EXTENSÃO E MEDIDAS CONCRETIZADORAS

O posicionamento no sentido de defender a aplicação prioritária do direito de convivência não pode ser firmado sem que se aborde a questão da sua extensão e das possíveis medidas concretizadoras.

Conforme expressa Paulo Lôbo (2011), esse direito não se limita aos pais e filhos. Os parentes de ambos os pais, sobretudo os do não guardião, não podem ter seu contato com a criança ou o adolescente negado. Nesse sentido, o Enunciado 333 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal⁸: “O direito de visita pode ser estendido aos avós e

⁷ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL. Acórdão n. 99058, EIC 3811997. 1ª Câmara Cível. Rel. Min. Romão C. Oliveira. j. 20.08.1997. DJU 29.10.1997.

⁸ Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados. Coordenador científico: Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.

peças com as quais a criança ou o adolescente mantenha vínculo afetivo, atendendo ao seu melhor interesse”.

Essa harmonia se deve à tendência de atribuir cada vez maior importância à afetividade nas relações. Quanto maior for o vínculo afetivo, mais se faz indispensável a sua preservação. Aduz Maria Berenice Dias (2013, p. 460):

Assim, avós, tios, padrastos, padrinhos, irmãos etc. podem buscar o direito de conviver, com crianças e adolescentes, quando os elos de afetividade existente merecem ser resguardados. Inclusive nas uniões homoafetivas, ainda que o filho seja do parceiro, impositivo assegurar o direito de visita.

No tocante às uniões homoafetivas, não poderia ser diferente. Configuram-se como verdadeiras famílias, reconhecidas legalmente. Os padrastos ou madrastas merecem o mesmo tratamento dos que estabelecem uniões heteroafetivas. Um exemplo de decisão judicial com esse entendimento foi a proferida pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina⁹:

Apelação cível. Ação declaratória de união estável homoafetiva c/c inventário. Demanda extinta sem exame do mérito, com fulcro no art. 267, VI, do CPC. Pedido juridicamente possível. Ausência de vedação legal à pretensão do autor. Constitucionalidade recentemente confirmada pelo STF. Clara ofensa aos princípios da igualdade e dignidade da pessoa humana. Sentença cassada. Retorno dos autos à origem para a devida instrução. Recurso provido. O Supremo Tribunal Federal. Apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva e invocando princípios essenciais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade). Reconhece assistir, a qualquer pessoa, o direito fundamental à orientação sexual, havendo proclamado, por isso mesmo, a plena legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, atribuindo-lhe, em consequência, verdadeiro estatuto de cidadania, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do direito, notadamente no campo previdenciário, e, também, na esfera das relações sociais e familiares. (...) a família resultante da união homoafetiva não pode sofrer discriminação, cabendo-lhe os mesmos direitos, prerrogativas, benefícios e obrigações que se mostrem acessíveis a parceiros de sexo distinto que integrem uniões heteroafetivas (ministro Celso de Mello, STF).

⁹ TJ-SC. APC 2008.029815-9. 2ª Câmara de Direito Civil. Rel. Des. Sérgio Izidoro Heil. j. 01.09.2011. DJ 23.09.2011.

Por fim, superada a questão da abrangência, resta aspecto de grande relevo: como garantir a realização prioritária do direito à convivência. Tal questionamento se mostra imprescindível, dado que essa efetivação, não raro, sofre óbices.

Difícilmente, os genitores se separam de modo pacífico. Geralmente, o rompimento da relação ocorre justamente por causa do elevado nível de conflitos e pela intensidade deles, os quais se prolongam mesmo após a separação. E, pior, os filhos acabam sendo envolvidos nessas disputas, esquecendo os cônjuges que o principal interesse não é o pessoal de cada um, mas, sim, o interesse do menor. Nesse estado de beligerância, os filhos, muitas vezes, são usados como instrumentos de vingança pelas mágoas acumuladas durante o período da vida em comum (DIAS, 2013).

Destarte, os próprios genitores dificultam a realização do direito de conviver, fazendo-se imprescindível a execução de medidas no sentido de garanti-lo. Entre elas, as que merecem mais destaque são as de caráter educacional e psicológico. Seus principais sujeitos são os pais, os quais devem ser submetidos a sessões de terapia em conjunto, sempre dando ênfase à necessidade de se pensar no melhor para os filhos e de se separar o problema que há entre eles da direção da vida do menor. Essas sessões durariam períodos fixados pelo juiz de acordo com as necessidades de cada caso, e seriam realizadas por profissionais da área de Psicologia pertencentes ao quadro da Justiça. O dispêndio ficaria às custas dos genitores, proporcionalmente à condição financeira deles, ou gratuitamente, se demonstrado que não podem arcar com os custos.

No caso de ser deferida a guarda unilateral, os genitores e o juiz, como dito anteriormente, devem zelar para que sejam asseguradas não apenas visitas, mas a convivência com ambos e com os demais parentes com os quais o menor tenham afinidade considerável, flexibilizando o direito às visitas.

Além dessas, outras medidas são possíveis, desde que viabilizem o direito à convivência e satisfaçam os requisitos da necessidade e razoabilidade. Um exemplo concreto encontra-se na seguinte decisão do TRF-5¹⁰:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. TRANSFERÊNCIA DE ALUNO DE UNIDADE DO CEFET. MOTIVO DE FORÇA MAIOR. DOENÇA NA FAMÍLIA. PROTEÇÃO À FAMÍLIA E À EDUCAÇÃO. POSSIBILIDADE. - A transferência de aluno de unidade do CEFET, quando motivada por doença na família (motivo de força maior), é possível, sendo

¹⁰ TRF5. REOMS 91209 CE 2003.81.00.023948-0. Quarta Turma. Rel. Des. Federal Marcelo Navarro. j. 03.03.2008. DJ 02.04.2008.

resguardado o direito à convivência familiar e à educação. - Sendo o pedido restrito à transferência e matrícula de aluno em outra unidade do CEFET, há de se considerar a perda de objeto do mandado de segurança, com a confirmação da liminar pela sentença. - Remessa oficial não provida.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, a outra conclusão não se pode chegar senão a de que a garantia constitucional correspondente ao direito à convivência – do qual são titulares tanto os pais quanto, e máxime, os filhos, e ainda parentes com os quais este tenha vínculo de afetividade – deve ser preservada e concretizada prioritariamente quando da separação dos genitores.

Essa é a única forma de se atenuar os prejuízos imanentes à ruptura da relação conjugal, atendendo aos princípios da proteção integral e do melhor interesse do menor, a partir da definição do modelo de guarda e de como ela será exercida.

O juiz é orientado a estabelecer preferencialmente a guarda compartilhada, salvo se os fatos apontarem que a unipessoal constitui a melhor decisão. Tal escolha se faz em virtude de, no compartilhamento, ser atribuída a corresponsabilidade direta de ambos os genitores pelo filho. A própria estrutura jurídica garante a presença, no sentido de participação, de ambos no cotidiano do menor.

Diligências também devem ser tomadas quanto ao exercício da guarda, em especial quando tratar-se da unilateral. O direito e os princípios supramencionados requerem que a convivência seja afirmada na prática, sendo dever dos pais colaborar para viabilizá-la. No caso da guarda unipessoal, o típico direito de visitas deve ser ampliado e flexibilizado, a fim de romper com a mecanização e rigidez que deterioram as relações afetivas.

Mister lembrar, ainda, que a concretização do direito de conviver sofre com diversas dificuldades, provocadas, em sua grande maioria, pelos próprios genitores, os quais envolvem os filhos nos seus conflitos e mágoas.

Por conseguinte, mostra-se imprescindível a implementação de medidas concretizadoras. Dentre elas, a principal é a realização de sessões de terapia psicológica com os pais, fixadas pelo magistrado, com duração determinada de acordo com as nuances da situação específica, e ministradas por psicólogos especialistas, pertencentes ao quadro do próprio Judiciário. É possível, no entanto, a adoção de outras providências por parte do juiz, a

fim de satisfazer o direito à convivência, sempre atentando para os critérios da necessidade e da proporcionalidade.

REFERÊNCIAS

BAPTISTA, Sílvio Neves. **Guarda compartilhada**. Recife: Bagaço, 2008.

BRUNO, Denise Duarte. Balizando sociologicamente a questão da ética nos litígios de família. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). **A ética da convivência familiar e a sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

RIGHT TO COMPANIONSHIP AND PARENT'S SEPARATION: ACHIEVEMENT AS A PRIORITY

ABSTRACT

The right to family life is guaranteed by the Brazilian Constitution. However, in face of the parental separation, there are numerous difficulties arise to preclude its warranty. This work intends to demonstrate the importance of overcoming these obstacles and prioritize the realization of this right. It also seeks to present how the implementation of this right should be performed.

Keywords: Right to companionship. Accomplishment. Separation.