

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES I

JOSÉ SEBASTIÃO DE OLIVEIRA

VALÉRIA SILVA GALDINO CARDIN

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito de família e das sucessões I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Valéria Silva Galdino Cardin; José Sebastião de Oliveira – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-089-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES I

Apresentação

O I Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (Conpedi), dos dias 23 de junho à 1 de julho de 2020, proporcionou o intercâmbio de conhecimento científico entre os pesquisadores e as instituições de pesquisas na seara jurídica acerca de temas relacionados ao direito de família.

Considerado como um dos mais relevantes eventos de cunho científico na área jurídica, o Conpedi é responsável por viabilizar a discussão, em elevado nível de profundidade, de questões controvertidas e originais que permeiam o ambiente acadêmico e o meio jurídico, além de possibilitar a integração e a divulgação das linhas de pesquisa e dos trabalhos desenvolvidos nos programas de mestrado e doutorado.

O grupo de trabalho direito de família e das sucessões linha I, ao qual honrosamente participamos como coordenadores da mesa, contou com a participação de dedicados e experientes pesquisadores, os quais levantaram inúmeras indagações acerca de temáticas ainda pouco exploradas.

A respeito disso, Dirceu Pereira Siqueira juntamente com Henriqueta Fernanda Chaves Alencar Ferreira Lima e Danilo Cezar Ochiuto analisaram a inconstitucionalidade da natureza solidária dos alimentos em favor de pessoa idosa ante a natureza de direito da personalidade do instituto. Os pesquisadores entendem que os alimentos devem ser considerados como um direito da personalidade sendo a interseção do texto constitucional clarividente nesse aspecto, e ainda analisaram a compatibilidade da natureza solidária da obrigação alimentar aos idosos.

Por sua vez, Samantha Ribeiro Meyer-pflug e Maria Cristina Zainaghi, apresentaram o artigo “A Celeuma do Divórcio Impositivo” onde examinaram a resolução dos Tribunais de Justiça de Pernambuco e do Maranhão, que permitiu que o divórcio extrajudicial seja solicitado e averbado por um único dos cônjuges. O tema tem levantado dúvidas tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Os autores buscaram analisar as discussões suscitadas por essa normatização, pois de um lado defende-se o divórcio impositivo unilateral, pois entende-se que tal posição encontra guarida na redação da EC n. 66/10 e de outro lado ela seria vedada pelo CPC, que determina a realização de audiência de conciliação.

Posteriormente, Carlos Alexandre Moraes e Diego Fernandes Vieira apresentaram o trabalho intitulado “A crise processual civil e sua inefetividade a tutela do direito à convivência familiar e dos direitos da personalidade da criança e do adolescente” onde tiveram como objetivo principal analisar a efetividade dos meios processuais na proteção do direito à convivência familiar, pautando-se na doutrina, na jurisprudência e sobretudo na legislação vigente. Levantaram também questões acerca dos limites processuais na tutela dos direitos imateriais e existenciais. Os autores concluíram o entendimento de que o processo civil é ineficaz na tutela do direito à convivência familiar adequada e habitual.

No artigo “A desconstrução da heterocisnormatividade: o reconhecimento da identidade de gênero dos transexuais para a “transparentalidade” ou “parentalidetrans” os autores Caroline Vargas Barbosa e João Felipe Da Silva Neto abordaram a questão da transparentalidade como reconhecimento do indivíduo transexual e de toda a família como direito fundamental a partir da desconstrução da heterocisnormatividade, além de abordar a construção político-social de gênero afirmada pela heterocisnormatividade, do reconhecimento à identidade de gênero, da transparentalidade como direito fundamental aos membros da família e da necessidade de ruptura de paradigmas excludentes em prol do direito humano e fundamental à identidade e à personalidade. A problemática circulou em torno do reconhecimento jurídico às famílias com indivíduos transexuais.

O próximo trabalho, cuja autoria é de Marcia Mara Frota Magalhaes e Tais Vasconcelos Cidrao levantou o questionamento se: a educação domiciliar é a liberdade em escolher a escola dos filhos ou um dever do estado? O objetivo primordial do estudo foi discutir a importância não só da educação da criança para o seu completo desenvolvimento, mas também da necessidade de uma revisão do próprio conceito de educação frente a um mundo (pós) moderno. Para tanto, avaliou-se a proposta do homeschooling, já discutida e aplicada no exterior. A grande discussão levantada teve como ponto de partida o debate acerca da intervenção estatal na educação das crianças e a autonomia privada dos pais, tendo como foco o princípio do melhor interesse da criança.

Em seguida, Gustavo Gabriel Danieli Santos , Mariane Silva Oliveira e Rozane Da Rosa Cachapuz apresentaram o trabalho: A plurissignificação da família: reflexos no direito das famílias”, onde foi abordado a plurissignificação da família na pós-modernidade e seus reflexos no Direito das Famílias, objetivando analisar a transformação da família, bem como identificar os principais arquétipos familiares e as repercussões dessa conjuntura no Direito Familiarista. Os autores demonstraram que a família não apresenta unívoca significação, e aliado à estruturação psíquica, concorre à complexização de situações jurídicas e conflitos, que nem sempre são tutelados adequadamente nos rígidos lindes dos textos normativos. Após

observar as balizas constitucionais levanta-se desempenho desse mister, da resolução negociada de contendas e do respeito à autonomia privada e autodeterminação, observadas as balizas constitucionais.

O artigo intitulado como: Alienação parental e mediação: uma possível forma de tratar o conflito familiar, foi desenvolvido pelos autores Marcelo de Mello Vieira, Marina Carneiro Matos Sillmann. Ambos trataram da temática da mediação. Que é um instituto jurídico que tem como principal objetivo a restauração do relacionamento em conflito, é a técnica mais compatível com o direito à convivência familiar, do que as sanções apresentadas na Lei de alienação parental. Sendo assim, o trabalho propôs o emprego da mediação como uma possível forma para tratar situações de alienação parental.

Posteriormente, Marcelo de Mello Vieira e Marina Carneiro Matos Sillmann apresentaram o trabalho: “Direito à origem e direito à convivência familiar de crianças e de adolescentes: adoção à brasileira sob a ótica do direito infanto-juvenil,” que teve por objetivo analisar a adoção à brasileira sob a ótica do direito infantojuvenil, em especial, o direito à origem e o direito à convivência familiar de crianças e de adolescentes.

Em seguida, Adriane Haas, Eduardo Hoffmann , Lucas Paulo Orlando de Oliveira apresentaram a pesquisa intitulada como: Herança digital: sua já possível preservação no direito brasileiro,”que abordou a temática da sucessão de bens em que descreveram que atualmente a formação de um patrimônio físico ou de um patrimônio virtual são geralmente formados por informações constantes nas redes sociais e/ou internet, que se trata de um ativo, seja ele emocional ou financeiro; e, portanto, passível de transferência. Concluíram que se faz necessário o estabelecimento de meios para que estes ativos sejam transferíveis, respeitando a privacidade, honra e imagem do falecido.

Em seu turno, Ana Paula Dalmás Rodrigues e Daniele Ferrazzo Machado, apresentaram o artigo “A amor que vai além dos limites territoriais” onde suscitaram a problemática da internet e da globalização, dois fenômenos que foram além dos objetivos econômicos e comerciais. Explicaram que a internet e a comunicação entre pessoas de diversos países fez com que nascesse diversos relacionamentos entre estrangeiros de várias nacionalidades e que o direito precisa regulamentar tais relações, principalmente, no que tange aos direitos patrimoniais das pessoas envolvidas. O artigo analisou as principais normas de validade em relação às uniões celebradas no estrangeiro.

Seguindo a ordem de apresentação, as autoras Valéria Silva Galdino Cardin e Janaina Sampaio De Oliveira, descreveram a problemática do direito ao conhecimento da origem

genética em face da inseminação artificial heteróloga e a aparente colisão de direitos fundamentais entre o direito daquele que busca a sua origem e do doador de ter preservado o seu anonimato. Em face da ausência de legislação as autoras pontuaram a necessidade da aplicação da técnica da ponderação de interesses. Concluíram que, conhecer a identidade civil do doador não significa a aplicação das consequências da parentalidade, já que conhecimento da origem não tem o condão de estabelecer vínculo parental.

Em “O direito fundamental de testar”, apresentado por Raphael Rego Borges Ribeiro, defende a existência de um direito fundamental de fazer testamento, em que é utilizada a metodologia civil-constitucional, bem como adotada a doutrina de Robert Alexy como marco teórico. Partindo da premissa da dupla titularidade do direito à herança, deduziu que o direito de testar está incluído no âmbito de proteção do artigo 5º, XXX da Constituição Federal. E que a abolição da sucessão testamentária é vedada, tanto por lei ordinária como por emenda constitucional. Concluiu que o direito de testar não é absoluto, podendo sofrer restrições quantitativas e qualitativas justificadas por outros valores constitucionalmente tutelados.

O artigo “O tratamento da união estável nos ofícios registrais: características e efeitos, de autoria de Camila Caixeta Cardoso, Ronan Cardoso Naves Neto e Marina Araújo Campos, explanou acerca da temática da união estável no âmbito dos registros públicos. Para tanto partiu-se do tratamento sucinto da união estável, analisando suas características primordiais. Após, elencaram alguns aspectos gerais da atividade extrajudicial desempenhada nas serventias brasileiras, pertinentes ao assunto. E por fim, demonstraram aspectos técnicos e práticos da inscrição da união estável nos referidos serviços.

Por fim, a última apresentação foi do trabalho desenvolvido Alexandre Herrera De Oliveira, Diego Castro de Melo e Oscar Ivan Prux em que a pesquisa focou o direito e dever de prestação alimentícia aos filhos, partindo da realidade nacional e alcançando situações de esfera internacional, verificando a convergência entre este direito e os direitos da personalidade. Observou-se o fenômeno de reconhecimento da proteção dos alimentandos, especialmente, no que diz respeito a convenção de direitos das crianças, e a efetividade desse direito aos alimentos.

A partir da seleção dos trabalhos mais qualificados acima elencados, o referido congresso científico demonstrou, assim, a preocupação com as mazelas que acometem o direito de família, o espaço ao qual os núcleos familiares então inseridos, especialmente ao que diz respeito a evolução dos fenômenos sociais e do direito, para que se consolide a efetiva proteção, respeito e proteção dos direitos fundamentais e de personalidade.

Dra. Valéria Silva Galdino Cardin (UNICESUMAR/PR e UEM/PR)

Dr. José Sebastião de Oliveira (UNICESUMAR/PR)

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito de Família e das Sucessões I apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito de Família e Sucessão. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A CRISE PROCESSUAL CIVIL E SUA INEFETIVIDADE NA TUTELA DO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

THE CIVIL PROCESSUAL CRISIS AND ITS INEFFECTIVENESS IN PROTECTING THE RIGHT TO FAMILY LIVING AND THE PERSONALITY RIGHTS OF CHILDREN AND ADOLESCENT

Carlos Alexandre Moraes ¹
Diego Fernandes Vieira ²

Resumo

Este artigo tem por objetivo analisar a efetividade dos meios processuais na proteção do direito à convivência familiar, pautando-se na doutrina, jurisprudência e sobre tudo na legislação vigente, com o intento de ampliar a discussão sobre os limites processuais na tutela dos direitos imateriais e existenciais. Empregando-se para tanto o método hipotético-dedutivo, e como método de procedimento, utilizou-se o funcionalista e o comparativo, já quanto aos métodos de investigação utilizou-se o bibliográfico e o documental. Alcançando o entendimento de que o processo civil e seus meios se demonstram ineficazes na tutela do direito à convivência familiar adequada e habitual.

Palavras-chave: Afetividade, Direito de família, Novo código de processo civil, Solução de conflitos familiares

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to analyze the effectiveness of procedural means in protecting the right to family life, based on doctrine, jurisprudence and above all on current legislation, with the intention of broadening the discussion on procedural limits in the protection of immaterial rights and existential. Using both the hypothetical-deductive method, and as a method of procedure, the functionalist and the comparative were used, while the research methods used the bibliographic and the documentary. Reaching the understanding that the civil process and its means are ineffective in protecting the right to adequate and habitual family life.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Affection, Family right, New code of civil procedure, Solving family conflicts

¹ Professor Permanente do Programa de Doutorado/Mestrado UniCesumar; Pós-Doutor UniCesumar, Doutor em Direito FADISP; Mestre em Direito UniCesumar; Pesquisador Bolsista Instituto Cesumar de Ciência Tecnologia e Inovação (ICETI); Advogado, E-mail: camoraes.adv@hotmail.com

² Mestrando em Ciências Jurídicas pela Unicesumar; Bolsista do PROSUP/CAPES; Graduado em Direito pela Unicesumar; Grupo Pesquisa: Constitucionalização do Direito privado, obrigações, responsabilidade civil, consumidor e direitos da personalidade. E-mail: diego.vieira_180@hotmail.com

INTRODUÇÃO

A convivência familiar é elemento precípua de toda família, esta comunicação, contato físico e afetivo com o outro, é o que cria, fortalece e mantém o afeto entre pais e filhos. Mas também é fato que os principais violadores dos direitos infanto-juvenis são os próprios pais, com disputas sobre a guarda, resistência no pagamento dos alimentos, por meio de atos de alienação parental, e em casos extremos abusos sexuais.

Em razão da judicialização dos conflitos familiares, o direito chamou para si a responsabilidade de solucionar os conflitos desta natureza. Assim, cabe ao Poder Judiciário efetivar os direitos da pessoa vulnerável que é o filho, em especial o direito de convivência familiar, que fica irrealizável quando o genitor não guardião não realiza a convivência, não “visita” o filho, por mera discricionariedade.

A execução do regime de convivência familiar voltado para o Código de Processo Civil – CPC (Lei n. 13.105/2015) parece ter alguns obstáculos sociais e jurídicos, pois muito ainda se fala que não se pode obrigar o genitor a conviver com sua prole, e do outro lado se tem uma sistemática processualista voltada para direitos patrimoniais e não para os direitos existenciais, o que acarreta na inefetividade das medidas judiciais atualmente adotadas.

Assim, com base no método hipotético-dedutivo, se estabeleceu condições e hipóteses a serem analisadas, no intento de compreender o direito à convivência familiar e a efetividade executiva com as atuais normas processuais cíveis, bem como, se os mecanismos processuais são capazes de estabelecer uma efetiva proteção a criança e adolescente. No que tange o método de procedimento, optando-se pelo funcionalista e o comparativo. E o que se refere aos métodos de investigação, empregou-se o bibliográfico e documental, sob a análise de obras físicas e eletrônicas, artigos de periódicos, documentos eletrônicos oficiais e da jurisprudência.

Para tanto, no primeiro capítulo explana-se, de forma sintética, o direito à convivência familiar e como este direito impacta outros direitos, em especial os direitos da personalidade.

No segundo e no terceiro capítulo, serão demonstradas as limitações processuais e a inefetividade das atuais medidas executórias para com a concretização do direito da criança e do adolescente em conviver com ambos os genitores.

A partir de tal cenário serão evidenciados de maneira breve, os pontos mais importantes da efetivação do direito à convivência familiar e motivo da urgência quanto à uma reanálise das medidas coercitivas típicas e atípicas em face deste direito.

1 DO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E SUA IMPORTÂNCIA PARA OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A criança e o adolescente são pessoas em situação de vulnerabilidade, na proporção em que se encontra em uma fase da vida onde precisam de certas assistências materiais e imateriais dos pais para sua sobrevivência e desenvolvimento. Em outras palavras, a vulnerabilidade infanto-juvenil abarca um duplo sentido (*Double coding*), sendo eles a necessidade de se concretizar o bem-estar econômico, afetivo, relacional e de respeito aos seus direitos humanos (MARQUES; MIRAGEM, 2012, p. 131).

Em razão desta vulnerabilidade e especial momento de suas vidas, é que se concede o status de pessoa em situação peculiar de desenvolvimento para as crianças e adolescentes (ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2010, p. 75). Esta preocupação com a infância e adolescência se perfaz em dois sentidos, sendo eles:

De um lado, o princípio da proteção integral da criança e do adolescente, eleito como via primordial do diploma estatutário. De outro, a instrumentalidade do liame jurídico da guarda para o efeito de cobrir a debilidade jurídica (e não raro material ou física, quando não também psíquica) da criança e do adolescente. Aqui, denota-se também a intenção do Estado, via legislador especial, de promover o preenchimento de um posto jurídico para amparar pessoas e valores que considera legítimos (FACHIN, 2003, p. 261).

Nos ensinamentos de Leonel Severo Rocha e Júlia Francieli Neves Scherbaum (2018, p. 18), “a constitucionalização do Direito de Família, impondo a igualdade conjugal e atribuindo a absoluta prioridade às crianças e adolescentes no grupo familiar [...]”. Volta-se assim, a atenção para o direito à convivência familiar (visitas), direito esse que se modificou com o tempo, visto que antigamente conforme Edgard de Moura Bittencourt (1984, p. 127) consistia “na prerrogativa de seu beneficiário (pais, avós ou pessoas estranhas, estas assim reconhecidas por decisão judicial) se avistar ou receber a criança”.

Entretanto, ainda parece predominar em parcela da sociedade o entendimento de que “visitar” seria um direito de titularidade exclusiva dos genitores a conviver. “Esse entendimento conduz à conclusão de que quem impede a efetivação das visitas deve ser punido, mas nada deve ocorrer com quem, podendo estar com o filho não o faz por capricho” (TARTUCE, 2019, p. 389).

Todavia, atualmente a concepção que se sustenta pela doutrina e jurisprudência é que a convivência familiar é direito fundamental da criança e do adolescente, sendo estes os principais titulares. Nesse aspecto Rolf Madaleno (2019, p. 119) assevera que o direito de convivência

familiar “é um direito conferido a todas as pessoas unidas por laços de afeto, de manterem a convivência e o intercâmbio espiritual quando estas vias de interação tiverem sido rompidas pela separação física dos personagens”.

Desta forma, este direito se institui para os pais “muito mais atrelada a uma obrigação de fazer, a um ato positivo em face da criança do que propriamente a um direito” (MORAES, VIEIRA, 2020, p. 739). Fala-se então que a convivência familiar se perfaz para o genitor não mais como um direito a ser exercido ou não, mas em um direito/dever, uma obrigação legal a ser efetivada em favor do filho.

Assegurando-se para os filhos o direito de conviver com seus genitores, reforçando os vínculos paterno e materno-filial, e sua própria personalidade (DIAS, 2017a, p. 557). Não restando dúvidas que a responsabilidade parental “consiste principalmente em dar oportunidade ao desenvolvimento dos filhos, consiste principalmente em ajudá-los na construção da própria liberdade” (HIRONAKA, 2002, p. 98-99).

Resta-se claro que a responsabilidade paterna e materna vai além da assistência alimentar, mas abarcando principalmente a assistência educacional, moral, espiritual e afetiva. “Na divisão de poderes e funções dentro da própria família, aos pais cabe, como adultos e ainda como geradores, proverem a formação dos filhos, e a estes cabe obediência na medida em que recebem a formação ou dependem dela” (HIRONAKA, 2002, p. 92).

A convivência familiar e a forma de sua realização é compreendida como maneira dos pais (biológicos e socioafetivos) fixarem o período de permanência física dos filhos sob sua companhia, principalmente daquele que não dentem a guarda material/ física, abarcando-se encontros previamente estabelecidos de forma habitual, repartição de férias escolares e dias festivos. (LÔBO, 2008, p. 173-174).

O direito em tela se categoriza como sendo um direito fundamental, pelo fato de estar disposto no Constituição Federal de 1988 no art. 227, sendo extremamente necessário para o indivíduo. Devendo-se perpetuar o entendimento de que o direito de convivência familiar é essencial para a efetivação de todos os outros direitos subjetivos, e principalmente da própria dignidade do filho (MORAES; VIEIRA, 2020, p. 751).

Este direito a conviver, de ter sob sua companhia, é de extrema importância para o desenvolvimento psicofísico da criança e do adolescente, posto que, “é a via de estabelecimento do afeto e de seu necessário balanceamento, tanto dos filhos quanto dos pais, tendo-se em vista seus Direitos da Personalidade” (GROENINGA, 2009, p. 162).

As pessoas, independente de gênero, etnia e local, não vivem e nem se desenvolvem de forma individual, isolada. Sendo necessário para que se realize como pessoa, desta interação

com o mundo, com o outro – coisas e pessoas – tendo por objetivo a satisfação das necessidades relacionais da espécie (GONÇALVES, 2008), na proporção em que esta convivência é fundamental para o processo de personificação e socialização do filho (BOSCHI, 2005, p. 78).

Inegavelmente a estrutura familiar, e a forma em que esta se relaciona e se comunica, irá exercer importante papel na formação da personalidade dos menores. A compreensão que se sustenta na presente pesquisa não é a do casal heteroafetivo e matrimonializado, mas sim, do casal parental – independente de gênero, estado civil e sentimentos subjetivos – tendo em vista que, a pessoa do filho precisa de cuidado, educação e assistência de ambas as pessoas que figuram no papel de mãe e pai.

Neste sentido John Bowlby (2002, p. 259) alerta que:

Nenhuma forma de comportamento é acompanhada por sentimento mais forte do que o comportamento de apego. As figuras para as quais ele é dirigido são amadas, e a chegada delas é saudada com alegria.

Enquanto uma criança está na presença incontestada de uma figura principal de apego, ou a tem ao seu alcance, sente-se segura e tranqüila. Uma ameaça de perda gera ansiedade, e uma perda real, tristeza profunda; ambas as situações podem, além disso, despertar cólera.

Para os filhos menores, é estritamente necessário à convivência com sua família natural, pois será nela que a pessoa do filho irá se realizar como sujeito de direitos e cidadão do mundo. “Uma grande relação de proximidade com os pais é extremamente benéfica para o seu desenvolvimento” (RAMOS, 2016, p. 123). Afirmção que se sustenta pelo fato de que, a criança que é recebe o devido afeto, cuidado e segurança, possui maiores chances de chegar na fase adulta sendo mais responsável e multiplicador de um modelo harmonioso de convivência (PEREIRA, 2008, p. 449).

Além de que, esta convivência “é imprescindível para que se venha a implementar a enorme gama dos direitos fundamentais do visitado” (BOSCHI, 2005, p. 79), e, nesta perspectiva, a convivência familiar será o meio para a efetivação dos direitos da personalidade e da estruturação do desenvolvimento biopsicossocial do menor.

Desta feita, é importante ressaltar que, “existem certos direitos sem os quais a personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo o valor concreto” (CUPIS, 2005, p. 24), direitos que não sendo efetivados os outros direitos não teriam qualquer importância, em síntese, direitos sem os quais a pessoa não seria pessoa, não existiria como tal. Estes direitos tão importantes são os direitos da personalidade, direitos de igual equivalência aos direitos fundamentais, tanto que muitos estão previstos no art. 5.º da Constituição Federal de 1988.

Conceitua-se a termo “personalidade” como sendo “um conjunto das qualidades e relações que determinam a pessoa em si mesma e em função da participação na ordem do ser, de forma única e singular” (GONÇALVES, 2008, p. 64). Nas palavras de Elimar szaniawski (2005, p. 70) “a personalidade se resume no conjunto de caracteres do próprio indivíduo; consiste na parte intrínseca da pessoa humana”.

Os direitos da personalidade são direitos que visam proteger bens imateriais, subjetivos do ser, que o estruturam como pessoa, capaz e autodeterminante, e sem eles a pessoa restaria totalmente prejudicada como ente. Considerando-os como sendo um “direito subjetivo, que tem como particularidade inata e originalum objeto inerente ao titular, que é a sua própria pessoa, considerada nos seus aspectos essenciais e constitutivos, pertinente à sua integridade física, moral e intelectual” (MOTTA; OLIVEIRA, 2007, p. 220)

Nesta perspectiva, Flavio Tartuce (2017, p. 154) elucida que, “na visão civil-constitucional, assim como os direitos da personalidade estão para o Código Civil, os direitos fundamentais estão para a Constituição Federal”. Flávio Henrique Franco Oliveira (2014, p. 109) preceitua que, “a personalidade é garantida tanto na legislação civil quanto nos direitos fundamentais, como atributos naturais da pessoa humana de modo inalienável, intransmissível, indisponível, não passível de sofrer restrição”

O Código Civil de 2002 veio a inovar no que se refere aos direitos da personalidade, destinando um capítulo em seu corpo a proteção destes, e mesmo que de forma tímida tenha regulado estes direitos subjetivos, não se desconsidera esta importante inovação legislativa. Os artigos 11 a 21 do referido código destinam-se exclusivamente aos direitos da personalidade, trazendo sua natureza (art. 11.º), sua tutela (art. 12.º), e também um rol exemplificativo (*numerus apertus*) de alguns dos direitos considerados da personalidade (art. 13.º a 21.º) – direito à integridade psicofísica, direito ao nome, ao pseudônimo, direito à imagem e à honra e o direito à privacidade, à vida privada.

É fato que, muitos destes direitos da personalidade quando voltados para as crianças e adolescentes, necessitam dos pais para se realizarem de fato, como por exemplo, o direito à integridade psicofísica, que não se concretizará quando existir animosidade entre os genitores, e/ou quando estes não cumprirem seus deveres legais (art. 227.º, CF; art. 1.634, CC; art. 19.º, ECA). Nas palavras de Marco Fábio Morsello (2019, p. 446) “os pais são os arautos da esperança ética no desenvolvimento da personalidade dos filhos”.

A convivência familiar parece via mais adequada para a tutela e realização dos direitos da personalidade voltados à pessoa dos filhos. Será pelo cuidado parental e cumprimento dos deveres e responsabilidades, é que o filho terá de fato sua integridade psicofísica, sua honra,

sua imagem, em resumo, toda sua dignidade respeitada e protegida. Assim, os atos parentais devem sempre ter como foco proporcionar o “substrato fundamental ao completo desenvolvimento da personalidade e posterior independência para inserção social cidadã” (MORSELLO, 2019, p. 440)

Cabe aos pais assim, despender o esforço necessário para se criar um ambiente adequado para o filho, onde existirá um mínimo de equilíbrio emocional para o desenvolvimento deste último (MADALENO; MADALENO, 2018, p. 44). Desta feita, “a família tem foco na dignidade da pessoa, preocupando-se sempre com os valores existenciais que a protegem” (ALMEIDA, 2014, p. 262).

A desestrutura familiar, a irresponsabilidade parental e a falta de compromisso afetivo são tidas como fonte primária de violação dos direitos da personalidade da criança e do adolescente, “causando muitas vezes danos difíceis de serem mensurados, por estar em desenvolvimento e podendo refletir por toda sua vida, [...]” (CARDIN, 2017, p. 49).

Por consequência lógica, afirma-se que, o direito à convivência familiar tem como principal titular a criança e o adolescente, direito este que se relaciona com os direitos da personalidade na proporção que será por intermédio da convivência com ambos os genitores, de forma habitual, harmônica e afetiva, que os direitos da personalidade desta pessoa vulnerável irão ser tutelados e concretizados.

2 O PROCESSO CIVIL E SUAS LIMITAÇÕES EM FACE DE DIREITOS IMATERIAIS

A efetivação da maioria dos direitos da criança e do adolescente reside na adequada e harmônica relação paterno-materno-filial. Mas o que atualmente se evidencia é uma situação de proporção endêmica, talvez epidêmica, que é o fato da ausência dos pais no cotidiano e na criação dos filhos (GROENINGA, 2009, p. 159).

Este fenômeno se dá em razão de que “não foram criados mecanismos de integração e de inclusão social, o que torna a discussão sobre o cuidado como valor jurídico urgente e imprescindível, de forma a que se alterem as políticas e antigas práticas de atendimento ainda fortemente instaladas” (FERREIRA; BITTENCOURT, 2009, p. 145). E ainda pode-se dizer que, as limitações jurídicas no que tange a efetivação do direito à convivência familiar só colaboram para a ausência da figura paterna e/ou materna, mas principalmente paterna da vida dos filhos.

Nesse contexto, se coloca em pauta as limitações processuais frente ao direito à convivência familiar, pois a convivência é um dos inúmeros deveres dos pais em benefício do filho. “Em um Estado Democrático de Direito que zelar pela igualdade de direitos e deveres entre homem e mulher, um dos pais não pode ser sobrecarregado com todos os encargos da criação de um filho enquanto o outro se mantém indiferente a essas atribuições” (CARDIN; GUIMARÃES; CAZELATTO, 2019, p. 238).

O processo civil é um conjunto de normas que regulam um procedimento pelo qual se garante a efetivação dos direitos materiais garantidos na ordem nacional e internacional as pessoas físicas e jurídicas. “O devido processo legal, em linhas gerais, é aquele sob o qual se pode alcançar uma decisão judicial que empregue a combinação adequada dos princípios e regras inerentes ao caso concreto, resultando no acesso afetivo à ordem jurídica justa” (SOARES, 2015, p. 20).

A finalidade do processo civil é a obtenção de resultados legítimos, e para que o processo alcance um resultado minimamente justo, ele necessitará ser justo em si próprio. (DINAMARCO, 2000, p. 62). Devendo-se aplicar não apenas as normas processuais de maneira estática, mas aplicar todo o arcabouço jurídico, desde princípios constitucionais aos infraconstitucionais, legislações esparsas, costumes (art.4.º, LINDBI), e não apenas quando a lei for omissa, mas quando ela não alcançar a justiça pleiteada.

Desta maneira, a finalidade do processo é viabilizar a justiça para cada caso, tendo em vista que o processo justo e uma efetiva tutela jurisdicional são as formas de que o Estado Democrático de Direito possui para proteger os direitos das pessoas (OLIVEIRA, 2013) “Justiça não é apenas a forma certa de distribuir as coisas. Ela também diz respeito à forma certa de avaliar as coisas” (SANDEL, 2017, p. 323).

Enxergando a necessidade de normas específicas para a tutela dos direitos discutidos no seio familiar, o Código de Processo Civil de 2015 trouxe em seu corpo capítulo específico para as ações de família, que se inicia no art. 693.º e vai até o art. 699.º, que tem como principal foco a autocomposição dos conflitos. Restando para as ações de família uma audiência de caráter obrigatório, diferentemente do que ocorre nas demais ações (art. 334.º, § 4º, I, do CPC). Assim, as partes não podem deixar de comparecer, visto que, tal conduta pode configurar ato atentatório à dignidade da justiça (art. 77.º, § 1º). (THEODORO JÚNIOR, 2019).

Percebe-se assim, que o atual Código do Processo Civil, “trata os meios alternativos de solução de conflitos como medida obrigatória, com a clara finalidade de descongestionar o Judiciário e não de efetivar os direitos postulados pelas partes, finalidade que deve ser buscada pela Jurisdição”(FREITAS; FREITAS, 2016, p. 43).

Entretanto, é imperioso pontuar que, “a formulação de um acordo sobre convivência deve conjugar algumas importantes diretrizes: 1. Escuta e diálogo; 2. Cooperação; Criação de alternativas” (TARTUCE, 2019, p. 395-396). Tais elementos precisam ser observados sob o risco de se tornar um acordo sem resultados frutíferos e efetivos para a criança e adolescente. Diante disto, quando se incentiva a celebração de acordos entre as partes de forma não isonômica, vêem a causar prejuízos à parte mais vulnerável (FREITAS; FREITAS, 2016, p. 58), que no caso em tela é a criança e adolescente.

Já não mais atendendo o princípio do melhor interesse da criança e dos adolescentes aquelas “visitas” fixadas aos finais de semana alternados, ou até mesmo aquelas que o pai realiza passeios esporádicos com o filho. “A visita fixada em finais de semana alternados é um método ultrapassado de garantir um bom convívio do não guardião com seu filho” (RAMOS, 2016, p. 96).

Fazendo-se urgente que as partes e o judiciário fujam da comodidade de modelos prontos, em razão de que, nenhuma família é igual à outra, ou tem a mesma dinâmica e rotina, é preciso desenvolver soluções diversas que concretizem de fato os benefícios do direito à convivência familiar (TARTUCE, 2019, p. 396).

Não restando às sessões de mediação frutíferas, a tramitação processual seguirá sob as normas do procedimento comum (art. 697.º, CPC), até chegar à fase da sentença e se formar um título executivo judicial. Desta feita, quando realizado um acordo entre as partes por intermédio da autocomposição extrajudicial ou judicial (mediação), ou ainda resolvendo o litígio sobre a convivência familiar, por meio de uma sentença, se terá indubitavelmente um título executivo judicial (art. 515.º, CPC) a ser executado caso alguma das partes não cumpra com o determinado.

Quando se trata do direito à convivência familiar da criança e do adolescente em face do genitor que descumpre o dever de conviver fixado em título executivo judicial, a única solução processual na fase de cumprimento de sentença (art. 536.º, CPC) para efetivação deste direito é fixação das *astreintes*¹ (art. 537.º, CPC). “A multa tem ampla incidência na execução de obrigação de fazer, como sucede no dever ou direito de convivência, podendo ser imposta em caso de descumprimento do acordo, ou da pontual determinação das visitas” (MADALENO, 2019, p. 482).

¹ “A aplicação das *astreintes* em hipótese de descumprimento do regime de visitas por parte do genitor, detentor da guarda da criança, mostra-se um instrumento eficiente, e, também, menos drástico para o bom desenvolvimento da personalidade da criança, que merece proteção integral e sem limitações. Prevalência do direito de toda criança à convivência familiar” (STJ, REsp 1481531/SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, 3ª Turma, jul. 16.02.2017, DJe 07.03.2017).

Nesse sentido decidiu o Superior Tribunal de Justiça², o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul³, e ainda neste viés, o Tribunal de Justiça de São Paulo em Agravo de Instrumento⁴, colocando-se que, “a multa foi imposta para assegurar o cumprimento do direito de direito de visitas do genitor, e somente será aplicada na hipótese de descumprimento da ordem judicial [...]”. E por fim, Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery (2018, p. 1366) sustentam que:

O objetivo das *astreintes*, especificamente, não é obrigar o réu a pagar o valor da multa, mas obrigá-lo a cumprir a obrigação na forma específica. A multa é apenas inibitória. Deve ser alta para que o devedor desista de seu intento de não cumprir a obrigação específica. Vale dizer, o devedor deve sentir ser preferível cumprir a obrigação na forma específica a pagar o alto valor da multa fixada pelo juiz.

Havendo uma nítida disparidade entre a tutela dos direitos da criança e do adolescente, quando comparado o direito aos alimentos e o direito de convivência familiar. Enquanto o direito aos alimentos que visa principalmente à integridade física possuiu dois procedimentos para a sua efetivação, sendo a prisão civil e expropriação, o direito à convivência familiar que tem como foco a proteção da integridade psíquica fica irrealizável, quando o genitor não guardião não quer realizar esta convivência. Somente existindo legislação específica (Lei n. 12.318/2010) quando o genitor guardião impede esta convivência, que é denominado como sendo atos de alienação parental.

Para melhor visualização desta limitação processual, observa-se o quadro a abaixo:

Direito da criança e do adolescente	Meios de processuais de efetivação
--	---

²“Recurso Especial. Civil e Processual Civil. Regulamentação de visitas. Acordo homologado. Descumprimento. Execução. Cabimento. 1. No campo das visitas, o guardião do menor é devedor de uma obrigação de fazer, ou seja, tem o dever de facilitar a convivência do filho com o visitante nos dias previamente estipulados, devendo se abster de criar obstáculos para o cumprimento do que fora determinado em sentença ou fixado em acordo. 2. A transação, devidamente homologada em juízo, equipara-se ao julgamento do mérito da lide e tem valor de sentença, dando lugar, em caso de descumprimento, à execução da obrigação de fazer, podendo o juiz, inclusive fixar multa a ser paga pelo guardião renitente. 3. Recurso especial conhecido e provido a fim de determinar o retorno dos autos ao juízo de primeiro grau para regular prosseguimento” (STJ. REsp. n. 701.872-DF. Quarta Turma. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Julgado em 12.12.2005).

³“Execução de obrigação de fazer. Visitas. Multa. Tendo o magistrado determinado que em caso de descumprimento do acordo de visitas seria imposta multa à virago e tendo ela, mesmo ciente da decisão, ignorado a determinação, correta se mostra a indenização fixada. Até porque, não trouxe ela nenhum fundamento plausível que faça com que seja elidido o pagamento da multa. Apelo desprovido” (TJ/RS. Sétima Câmara Cível. Apelação Cível n. 70.012.800.207. Relatora: Des.^a Maria Berenice Dias. Julgado em 21.12.2005).

⁴ “Menor – Regulamentação de visitas – Acordo homologado – Descumprimento – Genitor impedido de visitar o filho – Ausência de provas que desabonem a conduta do agravado – Mantido o direito de visitas, com imposição de multa para a hipótese de descumprimento – Admissibilidade – Decisão mantida – Recurso não provido” (TJSP; Agravo de Instrumento 2190972-34.2016.8.26.0000; Relator (a): Augusto Rezende; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional VIII - Tatuapé - 2ª Vara da Família e Sucessões; Data do Julgamento: 21/03/2017; Data de Registro: 21/03/2017).

Direito à Convivência Familiar (art. 227.º, CF; art. 3.º, ECA; art. 1.589.º, CC; Lei n. 12.318/2010)	<i>Astreintes</i> (multa diária)	art. 537.º, CPC
Direito Alimentar (art. 5.º, LXVII, CF; art. 1.566.º, CC; Lei n. 5.478/1968)	Rito de prisão	art.º 528, CPC
	Rito de expropriação	art. 530.º e 831.º, CPC

Imperioso destacar ainda que, no que tange a execução dos alimentos, fixa-se como medidas coercitivas como a inscrição nos serviços de proteção ao crédito e o protesto do título executivo, podendo ainda impor *astreintes*, confisco do passaporte, bloqueio dos cartões de crédito, contas bancárias. Ou ainda, com fundamento no art. 139.º, IV do CPC, o credor pode obter certidão de dívida a fim de averbar no registro de imóveis, no registro de veículos ou ainda no registro de outros bens passíveis de penhora, arresto ou indisponibilidade (art. 828.º, CPC). (DIAS, 2017b, 339-344).

É fato que, para viver dignamente é preciso que certas necessidades sejam supridas, todavia, nem todas estas necessidades são abarcadas pelos alimentos. Assim sendo, “há necessidades que são vitais para a sobrevivência, só que não do ponto de vista biológico” (FACHIN, 2003, p. 286), e que também devem ser garantidas a todas as crianças e adolescentes. A convivência familiar abarca estas necessidades imateriais, subjetivas do ser, sendo fundamental, mesmo que não seja “vital” no sentido estrito.

O processo civil precisar ser repensado para com o direito das famílias, e nesta perspectiva ampliar o aspecto de avaliação da eficiência processual em face dos direitos fundamentais e da personalidade. O processo como sendo um instrumento a serviço da ordem constitucional, impreterivelmente precisa refletir as os pilares do Estado Democrático de Direito (DINAMARCO, 2000. p. 25-26).

O princípio da inafastabilidade impõe ao judiciário que de uma solução para este impasse, entre o direito à convivência familiar e os meios processuais para sua efetivação. Nesta toada, o Estado- Juiz, uma vez provocado tem a obrigação de prestar a devida jurisdição – poder de dizer o direito (BEZERRA; SOARES, 2019, p. 59). “O devido processo legal, em última análise, autoriza o magistrado a adotar a melhor solução na busca da efetividade do processo para instrumentalizar o amplo acesso à ordem jurídica justa, representando a harmonia, em derradeira análise, dos Poderes instruídos” (SOARES, 2015, p. 20).

É imprescindível que o afeto, cuidado, educação, a convivência propriamente dita seja introduzida de forma eficiente na esfera processual, devendo o Estado assumir o seu papel como

orientador e supervisor dos direitos infanto-juvenis (FERREIRA; BITTENCOURT, 2009, p. 145). Diante destas indagações, Taciana Marconatto DamoCervi e Virgínia Marconatto Damo (2009, p. 232) elucidam que:

[...] urge que o Estado adote, além das políticas de remediação, políticas públicas duradouras e com vistas à efetivação da dignidade da pessoa humana. Essas políticas necessitam do apoio indelével da sociedade civil e da comunidade, valorizando sempre mais a instituição da família, em qualquer forma que se apresente, proporcionando às crianças e aos adolescentes crescer em ambientes sadios, com afeto, livres de vícios e de violência.

Assim sendo, é dever de todos, proteger a dignidade de todas as crianças e adolescentes (art. 18.º do ECA), estabelecendo uma responsabilidade compartilhada entre a família, a sociedade e o Estado, visto que “é dever destes a promoção do direito à convivência familiar e comunitária” (SOUZA; CABRAL; BACK BERTI, 2010, p. 134).

E mesmo que, a criança e adolescente sejam considerados “sujeitos de especial proteção e direitos”, e que se tenha este elemento reproduzido no plano processual (TARTUCE, 2012, p. 276), estas disposições ainda se mostram insuficientes para a tutela e efetivação do direito a convivência familiar e proteção dos direitos da personalidade.

Concluí-se que, a mera previsão e proclamação constitucional e infraconstitucional do direito à convivência familiar são insuficiente, vez que é necessário, conceder meios para efetivado no mundo dos fatos, e assim proteger a criança e o adolescente do abandono parental dando a este direito eficácia executória. E assim, afastando a idéia que este é um direito irrealizável quando o genitor não quer conviver.

3DA INEFETIVIDADE PROCESSUAL CIVIL E A NECESSIDADE DE UMA RELEITURA EM FACE DOS MEIOS EXECUTÓRIOS

Embora existam legislados de forma taxativa princípios, especiais direitos, e ainda todo um arcabouço jurídico voltados para a proteção da infância e da juventude, “a aplicabilidade da norma resta prejudicada, e aqueles acabam servindo apenas de retórica” (CERVI; DAMO, 2009, p. 228). Não há uma forma eficaz de concretizar o direito à convivência, na medida em que, a *astreintessó* se terá alguma força persuasiva quando o genitor tiver algum patrimônio financeiro. Em razão de que, nos casos em que o genitor não tiver uma situação patrimonial, nada irá adiantar a fixação de multa diária. “O direito de visita, cantado e decantado mais como

dever, é, na prática, exercido como um direito do genitor que o detém” (GROENINGA, 2008, p. 179).

Nas palavras de Josiane Rose Petry Veronese (1999, p. 47):

Apesar de toda a inovação no que tange à assistência, proteção, atendimento e defesa dos direitos da criança e do adolescente, constantes na Constituição Federal, estes não poderiam se efetivar se não regulamentados em lei ordinária. Se assim não fosse, a Constituição nada mais seria do que uma bela, mas ineficaz carta de intenções.

O Poder Judiciário deve-se preocupar em proporcionar a manutenção ou a criação das relações entre pais e filhos. “É preciso fixar regras que não permitam que se desfaça a relação afetiva entre pais e filho, entre mãe e filho” (LÔBO, 2008, p. 180). Não aceitando simplesmente as limitações processuais postas, devendo-se inovar, repensar e agir para uma mudança deste atual cenário. Justificando-se pelo fato de que, o judiciário tem um papel fundamental para oportunizar e melhorar estas relações parentais tão prejudicadas, mesmo que tenha que impor o convívio (BRAZIL, 2010, p. 59).

Para que seja possível a efetivação do direito à convivência familiar e tantos outros direitos, se defende que “é somente por meio de uma atuação diferenciada do papel do julgador, a ser obtida por intermédio da atividade hermenêutica, que será possível garantir a efetividade da prestação jurisdicional e a tão almejada ‘justiça’ nos casos mais complexos” (MEDINA, 2017, p. 84).

A crise processual é cenário ideal para se repensar o direito e inovar as formas de se efetivar os direitos das crianças e dos adolescentes. Devendo-se assim, abandonar as velhas concepções e posturas antes adotadas, e se reinventar para que se valorize realmente a dignidade humana. Contribuindo não apenas para a justiça, mas para o bem-estar de toda a sociedade brasileira e comunidade internacional (CALMON, 2017).

O benefício coletivo se mostra na perspectiva de que “a pessoa que tem uma boa vivência familiar, em que é o afeto que os mantêm unidos, com certeza estará mais preparada para conviver no meio social. Sua participação na sociedade será mais eficaz e atuante” (ALMEIDA, 2014, p. 279). Quando existe uma cooperação entre os genitores e ainda não coloca os filhos no meio de seus conflitos, minimizam assim a probabilidade dos filhos desenvolverem problemas no desenvolvimento emocional, escolares e sociais (GRISARD FILHO, 2016, p. 243).

Desta feita, o que tange a importância da família para a pessoa e para a sociedade, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2018, 326) que:

É nela que a pessoa se prepara ou é despreparada para a vida gregária, despoluindo ou recebendo obstáculos no caminho entre seu espaço privado e o espaço público. Mais do que simples pessoas, o objetivo da família é formar cidadãos, não apenas das cidades e respectivos países, mas do mundo, para que respeitem a dignidade alheia e tenham a si próprios respeitados. É essa a responsabilidade da família: servir, prover e educar.

O Poder Judiciário precisa manter-se atuante na fiscalização e proteção dos direitos das famílias, pelo fato de que qualquer sociedade se estrutura e tem como base a família (art. 226.º, CF) saudável e sem conflitos. Já que quando esta instituição se encontra em constantes litígios sem resolução, os danos causados para a sociedade são graves e irreversíveis (BEZERRA; SOARES, 2019, p. 57).

Enfim, muito se preocupa em garantir o acesso aos órgãos judiciais, mas pouco foi o esforço para garantir realmente uma justiça, e pior, ludibriou-se a sociedade que o judiciário estaria apto para resolver qualquer tipo de conflito, não se preocupando com as consequências negativas que isto acarretaria (ZANFERDINI; MAZZO, 2015, p. 90).

Para que possam se concretizar os direitos fundamentais, é preciso ir além de uma normatização intrinsecamente densificadora, mas de uma organização e regulamentação procedimentais apropriadas (OLIVEIRA, 2004, p. 126-127). Mostrando-se que, na mesma proporção que o incidente processual de alienação parental tende a “fugir” das medidas tradicionais, o processo executório de convivência familiar também deveria seguir este viés humanizado e interdependente entre os direitos fundamentais e o processo. A norma jurídica sempre será abstrata e estática, ao contrário da vida, que é fluida e adaptativa, devendo o juiz intentar compreendê-la em toda sua complexidade, visto que o judiciário, “*no puede ofrecer respuestas muertas a problemas vivos*”. (MORSELLO, 2000, p. 4-5).

Sustentando-se que, os arts. 693.º a 699.º não podem ser considerados como sendo um procedimento especial, pois se resumem em prever a realização de audiência prévia de autocomposição (arts. 693.º a 697.º, CPC), a intervenção do Ministério Público (art. 698.º, CPC) e a tomada de depoimento da criança e adolescente (TARTUCE, 2019, p. 45). Com base nisso é que se impõe a necessidade de um sistema processual específico, principalmente para a tutela do direito à convivência familiar, “não sendo possível a manutenção de regras estritamente patrimoniais para efetivação dos direitos materiais de cunho existencial [...]” (MEDINA, 2017, p. 45).

Toda criança precisa, acima de tudo, de um relacionamento sadio com ambos os pais, para que assim, sinta de forma tangível a solidez de um vínculo. “Transmitir um relacionamento

sólido faz com que os pais possam ser tomados como figuras de referência, o que é essencialíssimo para o desenvolvimento de sua personalidade” (TOMASZEWSKI, 2004, p. 124). E quando lhe falta o subsidio afetivo e sólido de um dos genitores, este fato “torna-se uma cicatriz que, embora possa ser esquecida, permanece latente na memória” (WALDOW, 2006, p. 29).

Neste entender, Eduardo Carlos Bianca Bittar (2008, p. 116) alude que:

[...], o enfraquecimento das instituições ligadas à identidade familiar trazem como consequência a própria desestruturação do *indivíduo-ele-mesmo*, pois a sensação de desnorte é acompanhada pela dúplici perspectiva, de um lado, as pressões por uma abertura de alternativas e possibilidades de escolha, de outro lado, o decréscimo da capacidade de exercer com autonomia e responsabilidade escolhas, uma vez que o orientação primordial parte da identidade do próprio núcleo familiar.

A construção da personalidade ocorre na vida em família, na convivência humana, precisando muito mais do que “visitas” quinzenais, mas de uma afínca convivência para essa construção. O direito entendendo esta necessidade criou novos valores, e modificou antigos princípios e valorou a personalidade humana tutelando-a pelos Direitos da personalidade. (FERMENTÃO; SILVA, 2011, p. 630).

Desta feita, é nítido que as normas processuais cíveis voltadas para o direito das famílias, não abarca uma forma concreta e satisfatória do direito à convivência familiar, e por consequência deixa prejudicada os direitos da personalidade. Acarretando assim, em uma inefetividade do processo civil em face da proteção da criança e do adolescente, quando o genitor não guardião nega-se a realizar a convivência (visita).

CONCLUSÕES

As questões atinentes a criança e ao adolescente serão sempre atuais, exigindo-se uma permanente reflexão sobre estas pessoas em situação de vulnerabilidade e principalmente no que se refere à concretização de seus direitos fundamentais e de personalidade. Por muito tempo se perdurou o entendimento de que a convivência familiar dependia exclusivamente do querer paterno/ materno, nada podendo fazer então quando estes não queriam realizar a convivência com a sua prole. Esse pensamento já se encontra ultrapassado tanto na doutrina, como na jurisprudência e na legislação vigente, sendo hoje muito mais um direito do filho e uma dever dos pais.

Diante do que foi exposto no texto, é possível perceber que o direito à convivência familiar da criança e do adolescente, mesmo quando já regulamentado em título executivo judicial ou extrajudicial não consegue se concretizar no mundo fático quando o genitor não o quer exercer, mesmo quando levado ao judiciário. Pelo fato de que tanto o processo civil tenta efetivar os direitos subjetivos e existenciais por meio de um processo claramente patrimonialista.

Desse modo, as limitações jurídicas do processo para com a proteção e efetivação do direito à convivência familiar restam-se claras, no momento em que a única saída coercitiva imposta ao genitor não guardião é a multa diária (*astreintes*). O processo deve servir como garantidor da Constituição Federal, devendo assim, transcender antigos posicionamentos, para assim, valorar o cuidado e o afeto na mesma proporção que se valoram os alimentos.

A concretização da convivência familiar voltada para a criança e o adolescente, depende do Poder Judiciário adotar uma posição mais ativa e uma interpretação mais extensiva das medidas coercitivas, a fim de proteger esta pessoa e seu direito à conviver com ambos os genitores.

Enfim, o processo civil passa por uma crise de efetividade quando colocado em face do direito das famílias. Fazendo-se urgente uma revolução nos meios executórios do direito à convivência familiar, pois na medida em que sem os alimentos o corpo irá perecer, sem a convivência a mente irá adoecer.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Andreza Grisi Macedo de. Afeto: Uma nova concepção de família. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, v. 5, n. 1, p. 255-283, 2014. Disponível em: http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/101. Acesso em: 22 fev. 2020.

BEZERRA, Eudes Vitor; SOARES, Marcelo Negri. Aplicabilidade da tutela antecipada ou cautelar (liminares) no direito de família: instrumentos para a solução dos conflitos familiares. In: MARCÉN, Ana Gascón; GALLARDO, Aurelio Barrio; BEZERRA, Eudes Vitor; CALVO, Javier Martínez; TAVARES, Silvana Beline (coords.). *Direito civil, de família e constitucional e gênero, sexualidade e direito* [Recurso electrónico]. Zaragoza: Prensas de la Universidad de Zaragoza, 2019. p. 56-75. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/wp-content/uploads/2018/04/Vol-21-dir-civil-de-familia-e-consti-genero-sexualidades-e-direito.pdf#page=57>. Acesso em: 29 fev. 2020.

- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Família, sociedade e educação: Um ensaio sobre individualismo, amor líquido e cultura pós-moderna. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). *Família e solidariedade*. Rio de Janeiro: IBDFAM – Lumen Júris, 2008, p. 99-118.
- BITTENCOURT, Edgar de Moura. *Guarda de filhos*. 3. ed. São Paulo: Leud, 1984.
- BOWLBY, John. *Apego e perda: apego*, v. 1. Tradução de Álvaro Cabral. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- BOSCHI, Fabio Bauab. *Direito de visita*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BRAZIL, Glicia Barbosa de Mattos. A reconstrução dos vínculos afetivos pelo Judiciário. *Revista Brasileira de Direito das Família e Sucessões*, Belo Horizonte, v. 13, dez-jan. 2010, p. 47-59.
- CALMON, Rafael. *Direito das famílias e processo civil: interação, técnica e procedimentos sob o enfoque do Novo CPC*. São Paulo: 2017.
- CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos de personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*. Porto Alegre, 2009.
- CARDIN, Valéria Silva Galdino. Da responsabilidade civil pelos danos decorrentes da quebra dos deveres paternais. In: CARDIN, Valéria Silva Galdino; VIEIRA, Tereza Rodrigues; BRUNINI, Bárbara Cossetin Costa Beber (org.). *Famílias, Psicologia e Direito*. Brasília, DF: Zakarewicz, 2017, p. 41-55.
- CARDIN, Valéria Silva Galdino; GUIMARÃES, Nádia Carolina Brencis; CAZELATTO, Caio Eduardo Costa. Das implicações do abandono afetivo nas relações familiares. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 1, n. 40, 2019. Disponível em: <https://www.seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/76803>. Acesso em: 22 jan. 2020.
- CERVI, Taciana Marconatto Damo; DAMO, Virgínia Marconatto. Delinquência juvenil: fruto de desamparo familiar ou estatal?. *Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas*, v. 9, n. 12, p. 215-234, 2009. Disponível em: http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direito_e_justica/article/view/180. Acesso em: 18 fev. 2020.
- CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Campinas: Romana Jurídica, 2004.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017a.
- DIAS, Maria Berenice. *Alimentos: direito, ação, eficácia e execução*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017b.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues; SILVA, Camila Verissimo da. A Tutela dos Valores Interiores e da Consciência Humana pelo Direito da Personalidade. *Revista Jurídica Cesumar-Mestrado*, v. 11, n. 2, p. 615-632, 2011. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/2078>. Acesso em: 13 fev. 2020.

FERREIRA, Lúcia; BITTENCOURT, Sávio. Direito à convivência familiar de crianças abrigadas: o papel do Ministério Público. *Revista Em Pauta*, n. 23, p. 139-154, 2009. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaempauta/article/view/451>. Acesso em: 22 fev. 2020.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandona; FREITAS, Gabriela Oliveira. A Mediação no Novo Código de Processo Civil Brasileiro: Uma Análise Crítica da Cidadania pela Busca do Modelo de Constitucionalismo Contemporâneo Latino-Americano e Europeu Democrático. *Conpedi Law Review*, v. 2, n. 2, p. 40-61, 2016. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/3583>. Acesso em: 13 fev. 2020.

GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

GROENINGA, Giselle Câmara. Guarda compartilhada – responsabilidade solidária. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Família e solidariedade: Teoria e Prática do Direito de Família*. Rio de Janeiro: IBDFAM; Lumen Juris, 2008, p. 167-180.

GROENINGA, Giselle Câmara. Guarda compartilhada – a efetividade do poder familiar. In: COLTRO, Antonio Carlos Mathias; DELGADO, Mario Luiz (coords.). *Guarda compartilhada*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, p. 149-170.

GONÇALVES, Diogo Costa. *Pessoa e Direitos de Personalidade*. Coimbra: Almedina, 2008.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade Civil na Relação Paterno-Filial. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 14, abril, p. 69-102, 2002. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/9/4>. Acesso em: 10 fev. 2020.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito de família, Direitos da Personalidade, Direitos Fundamentais e Direitos Humanos: Correlação entre o ser familiar e o ser humano. *Revista Argumentum-Argumentum Journal of Law*, v. 19, n. 2, p. 319-329, 2018. Disponível em: <http://201.62.80.75/index.php/revistaargumentum/article/viewFile/609/292>. Acesso em: 25 fev. 2020.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. *Síndrome da Alienação Parental: importância da detecção – aspectos legais e processuais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MEDINA, Valéria Julião Silva. *Processo de família e o novo CPC: prática processual versus direito material*. Curitiba: Juruá, 2017.

MORAES, Carlos Alexandre; VIEIRA, Diego Fernandes. O direito de convivência familiar é um direito da personalidade da criança e do adolescente?. *Revista Jurídica Luso-Brasileira[RJLB]*, ano 6, n. 1, p. 733-758, 2020. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacao/revista-juridica-lusobrasileira-ano-6-2020-n-1/203>. Acesso em: 20 fev. 2020.

MORSELLO, Augusto Mario. *Derecho de daños*. Buenos Aires: Scotti, 2000.

MORSELLO, Marco Fábio. Autoridade parental. Perspectiva evolutiva dos direitos da personalidade. Adultocentrismo x visão paidocêntrica. In: CORREIA, Atalá; CAPUCHO, Fábio Jun (Coords.). *Direitos da personalidade: a contribuição de Silmara J. A. Chinellato; Adriana Caldas do Rego Dabus Maluf* [et al.]. Berueri/SP: Manole, 2019, p. 425-448.

MOTTA, Luizane Aparecida; OLIVEIRA, José Sebastião de. Direito da personalidade e dano moral nas relações familiares. *Revista Jurídica Cesumar-Mestrado*, v. 7, n. 1, p. 217-240, 2007. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/524>. Acesso em: 05 fev. 2020.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*[livro eletrônico]. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito-PPGDir./UFRGS*, v. 2, n. 4, p. 119-130, 2004. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/49187>. Acesso em: 01 mar. 2020.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*, n. 1, p. 57-74, 2013. Disponível em: <https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/66>. Acesso em: 9 fev. 2020.

PEREIRA, Tânia da Silva. Desvendando o cuidado como valor jurídico: abrigo e alternativas de acolhimento familiar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). *Família e solidariedade*. Rio de Janeiro: IBDFAM – LumenJúris, 2008, p. 447-477.

RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. *Poder familiar e a guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SANDEL, Michel J. *Justiça – O que é fazer a coisa certa*. 24. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

SCHERBAUM, Júlia Francieli Neves; ROCHA, Leonel Severo. A constitucionalização no direito de família no sistema jurídico brasileiro. *Revista de Constitucionalização do Direito Brasileiro-RECONTO*, v. 1, n. 1, p. 1-21, 2018. Disponível em: <http://revistareconto.com.br/index.php/Reconto/article/view/62/85>. Acesso em: 05 mar. 2020.

SOARES, Marcelo Negri. *Constituição, devido processo legal e coisa julgada no processo civil*. São Paulo: Artemis Editora, 2015.

SOUZA, Ismael Francisco; CABRAL, Johana; BACK BERTI, Renata. O reconhecimento do direito da criança e do adolescente à convivência familiar e comunitária no Brasil. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]*, v. 11, n. 1, p. 125-148, 11. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1942>. Acesso em: 19 fev. 2020.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos da personalidade e sua tutela*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

VERONESE, Josiane Rose Petry. *Os direitos da criança e do adolescente*. São Paulo: LTr, 1999.

TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e vulnerabilidade no processo civil*. Rio de Janeiro, 2012.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação, autonomia e audiência inicial nas ações de família regidas pelo Novo Código de Processo Civil*. 2017. Disponível em: <http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2017/05/Media%C3%A7%C3%A3o-autonomia-e-vontade-a%C3%A7oes-familiares-no-NCPC.pdf>. Acesso em: 6 set. 2019.

TARTUCE, Fernanda. *Processo civil no direito de família: teoria e prática*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Código de Processo Civil anotado*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida. *Separação, violência e danos morais: a tutela da personalidade dos filhos*. São Paulo: Paulistanajur, 2004.

WALDOW, Vera Regina. *Cuidar: expressão humanizadora da enfermagem*. Editora Vozes Limitada, 2006.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli; MAZZO, Fernando Henrique Machado. Do movimento de acesso à justiça às preocupações sobre o aumento da litigiosidade de massa. *Meritum, revista de Direito da Universidade FUMEC*, v. 10, n. 1, 2015. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/3369>. Acesso em: 15 jan. 2020.