EDEPAR
Escola da Defensoria Pública
do Estado do Paraná

ANEXO ÚNICO

FICHA DE INSCRIÇÃO

PROPOSTA DE TESE INSTITUCIONAL

Nome: Gabriel Antonio Schmitt Roque
Área de atuação: Família, sucessões e registros públicos
Lotação: Paranavaí - PR

SÚMULA
O direito à convivência familiar e o dever de cuidado são judicialmente exigíveis, inclusive através de demanda executiva, com as possibilidades de imposição de multa (*astreintes*) e das penas da litigância de má-fé, além da responsabilização por crime de desobediência, aplicando-se ainda, sucessivamente, os mecanismos de satisfação da obrigação à custa do executado ou de conversão em perdas e danos.
ASSUNTO
Direito de convivência familiar das crianças e adolescentes. Direito da mulher genitora ao descanso e ao lazer. Cumprimento judicial de títulos executivos que fixem as "visitas". "Dever de afeto" e dever de cuidado.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

O art. 227, *caput*, da Constituição Federal estabelece que "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".

O mesmo **direito à convivência familiar** se encontra previsto no art. 4º, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), prevendo este diploma, inclusive, sanção administrativa a quem "descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao poder familiar ou decorrente de tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar" (art. 249, *caput*).

Vale rememorar, no ponto, que dentre os **deveres inerentes ao poder familiar** se encontra justamente o poder-dever de dirigir a criação e educação dos filhos (art. 1.634, inc. I, do Código Civil) e o poder-dever relacionado às "visitas" e em ter os filhos sob sua companhia (art. 1.589, *caput*, do Código Civil).

Como corolário do direito da criança e adolescente à convivência familiar, tem-se o **dever de cuidado dos genitores**, disposto o art. 229, primeira parte, da Constituição Federal que "os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores".

Já o art. 22, parágrafo único, primeira parte, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990) estabelece que "a mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e **deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança**".

Fixadas tais premissas, tem-se que o direito de convivência ou as "visitas" são, além de um direito da criança, também um dever do genitor ou genitora que não tem a criança residindo consigo, decorrente do seu estado de paternidade/maternidade e dos deveres inerentes ao poder familiar. Nesse sentido:

> De há muito deixou o direito a visitas de ser um direito do genitor de ter o filho em sua companhia. É muito mais um direito do filho de conviver com seu pai. Assim, **há uma obrigação - e não simples direito - dos pais de cumprirem os horários de visitação. É um dos deveres inerentes ao poder familiar**, cujo descumprimento configura infração administrativa sujeita a multa de três a vinte 20 salários-mínimos (ECA 249). Igualmente caracteriza abandono, o que autoriza a destituição do poder familiar (CC 1638, II). O direito de visitas gera uma obrigação de fazer infungível, ou seja, obrigação personalíssima, que deve ser cumprida pessoalmente. Quando se trata de dever da mesma natureza no campo do direito das obrigações, a forma de

> impor o seu cumprimento é mediante a aplicação da chamada astreinte: tutela inibitória, mediante a aplicação de multa diária. Ou seja, não passa de um gravame pecuniário imposto por acréscimo ao devedor renitente como ameaça adicional para movê-lo a honrar o cumprimento de sua obrigação. Trata-se de um instrumento de pressão psicológica, verdadeira sanção, destinada a desestimular a resistência do obrigado, de modo que ele se sinta compelido a fazer o que está obrigado. Esse é um poderoso instrumento para induzir o genitor não guardião a cumprir a obrigação de, periodicamente, ter o filho em sua companhia. (DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 8ª ed. rev. atual. e ampl.. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 456.). – *grifos nossos*

Há que se fazer, no ponto, diferenciação entre o "dever de afeto" ou "dever de amar", cuja coercibilidade é questionável, com o **dever de cuidado**, expressamente positivado e plenamente exigível, inclusive em sede judicial.

Em síntese, o dever de afeto pode até não ser exigível, mas o dever de cuidado, ao qual corresponde o direito à convivência da criança e adolescente, é perfeitamente exigível, sendo cabível a utilização dos mecanismos legais e medidas coercitivas e indutivas para tanto.

Tendo, portanto, o direito de convivência sido estabelecido em título executivo judicial ou extrajudicial, com dias e horários pré-definidos, não há como se afastar a liquidez, certeza e exigibilidade do título, inclusive com possibilidade de seu cumprimento forçado, via judicial.

Não houvesse exigibilidade da convivência, de direito não se trataria, e sim de mera faculdade do genitor ou genitora.

Moderna doutrina trata, ademais, do potencial indutor de afetos do elemento convivência, ainda que se dê de forma judicialmente forçada de início (ALVES, Jones Figueirêdo. A família revisitada no curso do Código Civil vigente. Disponível em < https://cartoriosdopara.com.br/artigo-a-familia-revisitada-no-curso-do-codigo-civil-vigente-por-jones-figueiredo-alves/>, acesso em 12 abril. 2024).

Fato é que os deveres inerentes ao poder familiar não podem se esgotar no pagamento mensal de alimentos, cabendo ao genitor que não detém a criança ou adolescente consigo participar efetivamente da vida e desenvolvimento do infante, sob pena de se aplicar exclusivamente à genitora (em regra) tais deveres e responsabilidade.

Ademais, diante da própria garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal), resta plenamente possível que o Poder Judiciário determine a aplicação

das medidas coercitivas e legais a fim de que o genitor exerça a convivência e o dever de cuidado em relação à sua prole, cumprindo com seu dever enquanto pai.

Não obstante, **são inúmeras as decisões judiciais que contrariam as considerações acima**, inclusive do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, **afastando-se a possibilidade de propositura de demandas executivas para fins de cumprimento dos deveres de convivência e cuidado**. Nesse sentido, exemplificativamente:

> "DIREITO DE FAMÍLIA E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – SENTENÇA DE EXTINÇÃO POR FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL. PEDIDO DE CONCESSÃO DA GRATUIDADE PROCESSUAL EM SEDE DE CONTRARRAZÕES – NÃO CONHECIMENTO – MEIO PROCESSUAL INADEQUADO. MÉRITO DO APELO – **PRETENSÃO RELATIVA AO CUMPRIMENTO DE ACORDO HOMOLOGADO POR SENTENÇA NO TOCANTE ÀS VISITAS PATERNAS – IMPOSSIBILIDADE DE SE OBRIGAR O GENITOR AO CONVÍVIO COM A FILHA – NATUREZA DO CONVÍVIO FAMILIAR QUE EXTRAPOLA MERA OBRIGAÇÃO JURÍDICA, POIS ENVOLVE O ÂNIMO DE EXERCER A FIGURA PATERNA E PROVER AFETO** – IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO EM PERDAS E DANOS, SEM PREJUÍZO DE RESPONSABILIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO A SER DISCUTIDA EM AÇÃO PRÓPRIA. **DESCABIMENTO DE ASTREINTES, MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ E RESPONSABILIZAÇÃO POR CRIME DE DESOBEDIÊNCIA**. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO" (TJPR, 11ª Câmara Cível, 0000431-16.2020.8.16.0130, Paranavaí, Rel. Des. Ruy Muggiati, j. 02.05.2023).

> (...) INSURGÊNCIA RECURSAL DA GENITORA PELA AMPLIAÇÃO DO CONVÍVIO PATERNO. NÃO PROVIMENTO. AGRAVANTE QUE ALEGA ESTAR SOBRECARREGADA COM AS RESPONSABILIDADES INERENTES A CUSTÓDIA FÍSICA DOS FILHOS. PREVALÊNCIA DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. (...) 1. **Infelizmente, não há como o judiciário obrigar o Genitor a cumprir com todos os seus deveres em relação a prole**, todavia, a menor pode ser reparada de outras maneiras ante a eventuais faltas paternais, tal como, em tese, pelo abandono de incapaz, reparação civil por abandono afetivo ou revisão do pensionamento com eventual necessidade de contratação de um profissional cuidador para suprir a falta paterna. 2. Não se nega que seria razoável que o Genitor empregasse maior participação nos cuidados da infante, contudo, em benefício da prole e em atenção ao comportamento paterno, é certo que atualmente ampliar o convívio poderia causar danos à criança" (TJPR, 11ª Câmara Cível, 0021195-88.2021.8.16.0000, Cambé, Rel. Des. Lenice Bodstein, j. 04.11.2021).

> PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. **CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. EXECUÇÃO DO ACORDO CELEBRADO QUANTO AO CONVÍVIO PATERNOFILIAL. SENTENÇA DE EXTINÇÃO POR FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL**. IRRESIGNAÇÃO DO APELANTE. (...) TJPR - 12ª Câmara Cível - 0007448- 93.2016.8.16.0017 - Maringá - Rel.: DESEMBARGADORA IVANISE MARIA TRATZ MARTINS - J. 10.05.2023)
>
> ALIMENTOS, GUARDA E VISITAÇÃO. Cumprimento de sentença. Sentença de extinção. Insurgência da exequente. **Pedido de arbitramento de multa cominatória para o caso de descumprimento do regime de visitas na forma em que fixado. Não cabimento. Direito de convivência entre o genitor não guardião e a prole que não tem natureza de obrigação de fazer**. Sentença mantida. Recurso desprovido. (TJ-SP - AC: 00036700320198260577 SP 0003670-03.2019.8.26.0577, Relator: Maria de Lourdes Lopez Gil, Data de Julgamento: 10/09 /2020, 7ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 10/09 /2020). – *grifos nossos*
>
> APELAÇÃO CÍVEL. EXECUÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. DIREITO DE VISITAS. ACORDO HOMOLOGADO. ALEGADO DESCUMPRIMENTO. FEITO EXTINTO, POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. **AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL A OBRIGAR O GENITOR A MANTER LAÇOS AFETIVOS COM A PROLE**. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. Diante da inexistência de previsão legal que obrigue o pai a visitar seus filhos, devido é o reconhecimento da impossibilidade jurídica do pedido, com a consequente extinção do feito. (TJ-SC - AC: 20120500143 Chapecó 2012.050014-3, Relator: Paulo Ricardo Bruschi, Data de Julgamento: 12/03/2013, Câmara Especial Regional de Chapecó). – *grifos nossos*

Em que pese cada caso determinar análise específica de suas peculiaridades, tem-se que **a vedação em sede jurisprudencial, *prima facie* e de forma genérica, da possibilidade de adoção de medida judicial executiva para fins de cumprimento do direito de convivência, viola não apenas o princípio do melhor interesse da criança, mas os próprios direitos da mulher**, sobre a qual recai, em regra, a responsabilidade exclusiva pelos cuidados com a prole, o que se agrava em situações nas quais não conta com rede de apoio em seu local de residência.

No ponto, deve-se especial atenção para a Resolução nº 492/2023 do Conselho Nacional de Justiça, que determina a adoção do Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero pelo Judiciário brasileiro. O Protocolo, elaborado em 2021, aborda a desigualdade de gênero como uma questão estrutural, fruto de uma relação de poder assimétrica enfatizada pelo patriarcado, e que mantém as mulheres em situação de

subordinação.

Não se está a defender, lembre-se, que a medida executiva é sempre a mais adequada ou que deva ser aplicada indistintamente, mas sim que a vedação genérica de seu emprego é capaz de fechar as portas do acesso à Justiça, implicando em inequívocos prejuízos.

Defende-se através da tese, portanto, não a obrigatoriedade da medida executiva, mas sim a **possibilidade** de seu uso, sempre a partir da análise cuidadosa das peculiaridades de cada caso.

Dessa forma, deve ser reconhecido como cabível o cumprimento de sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de fazer (no caso dos títulos executivos judiciais) ou a execução de obrigação de fazer (no caso dos títulos executivos extrajudiciais).

Quando do manejo do cumprimento de sentença, aplica-se o disposto no art. 536, *caput* e § 1º, do Código de Processo Civil, segundo os quais:

> Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.
> § 1º Para atender ao disposto no caput , o juiz poderá determinar, entre outras medidas, **a imposição de multa**, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

Aplicável, ademais, a disposição do § 3º do mesmo dispositivo, segundo o qual "o executado incidirá nas **penas de litigância de má-fé** quando injustificadamente descumprir a ordem judicial, sem prejuízo de sua **responsabilização por crime de desobediência**".

Vale destacar, ainda, que o art. 513, *caput*, do Código de Processo Civil, ao tratar das disposições gerais acerca do cumprimento de sentença, determina que "o cumprimento da sentença será feito segundo as regras deste Título, observando-se, no que couber e conforme a natureza da obrigação, o disposto no Livro II da Parte Especial deste Código" (que trata do processo de execução).

Sendo assim, aplicável tanto em cumprimento de sentença quanto em execução de título extrajudicial a previsão segundo a qual "se o executado não satisfizer a obrigação no prazo designado, é lícito ao exequente, nos próprios autos do processo, requerer a satisfação da obrigação à custa do executado ou

perdas e danos, hipótese em que se converterá em indenização" (art. 816, *caput*, do Código de Processo Civil).

Quanto à essa hipótese, deve ser usada de forma sucessiva às medidas coercitivas citadas acima, considerando se tratar a obrigação de convivência de obrigação personalíssima, que apenas poderia ser cumprida pelo genitor faltoso.

Todavia, ao se levar em conta **que o dever de cuidado pode ser lido como obrigação fungível em determinadas hipóteses**, e por razões de economia processual e instrumentalidade das formas, resta possível se pleitear a conversão da obrigação em perdas e danos nos mesmos autos do processo de execução, com vistas a garantir os direitos das mulheres, especialmente ao descanso e ao lazer, e a adotar uma perspectiva de gênero em casos tais, tornando possível, portanto, que o genitor seja obrigado a arcar, por exemplo, com os custos de babá em relação aos seus dias de convivência não cumpridos.

As medidas sucessivas propostas, e inclusive a eventual realização de estudo social a fim de constatar se a convivência atenderia ao melhor interesse da criança e adolescente, restam de imediato obstadas caso adotados os entendimentos judiciais destacados acima, acerca da inexigibilidade do direito à convivência e consequente inadequação da via executiva.

FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA

A proposta de tese teve origem na atuação prática deste membro no núcleo de iniciais da 13ª Regional (Paranavaí), deparando-se com indeferimentos de petições iniciais de cumprimento de sentença de obrigação de fazer consistente no direito de convivência, inclusive com arrimo em jurisprudência de Tribunais, com base na "inexigibilidade do direito".

Nas decisões, se entendeu pela impossibilidade de intervenção judicial através da via eleita, reconhecendo-se ser impossível exigir do genitor que cumprisse com as visitas estabelecidas judicialmente ou acordadas entre as partes.

Durante atendimentos, algumas assistidas/genitoras relataram, inclusive, a falta que os filhos sentiam do pai, com questionamentos frequentes no sentido de "quando o pai virá me buscar?".

Foram coletados, ainda, relatos acerca da **absoluta indisponibilidade de tempo de descanso e lazer às mulheres**, cuidadoras primárias e exclusivas quando da ausência de convivência pelos pais, sequer

em finais de semana alternados.

Entendeu-se, portanto, que é inequívoca a necessidade de existência de alternativas que vão além do mero pleito de indenizações por abandono afetivo através de ação própria de conhecimento ou de encaminhamentos para destituição do poder familiar, medidas que não atenderiam aos interesses das mães assistidas ou aos interesses das próprias crianças e adolescentes.

Vale a lembrança, ainda, acerca das inúmeras dificuldades de êxito em demandas indenizatórias por abandono afeito, com muitos entendimentos em sede jurisprudencial no sentido de que "a fixação de indenização por danos morais, além de não alcançar a finalidade compensatória, não cumpre a função punitiva-pedagógica, tampouco serve para encerrar o sofrimento ou para reconstruir a relação entre as partes". Isso sem considerar, ainda, os parcos valores indenizatórios estabelecidos.

Tais casos induzem conclusão no sentido de que nada poderia ser feito, e que as obrigações decorrentes do poder familiar, da parte do genitor, se esgotariam no pagamento de alimentos mensais.

Observa-se em tais casos, mais uma vez, as **portas de acesso à Justiça sendo fechadas às crianças, adolescentes e mulheres, o que apenas contribui para a perpetuação de um cenário generalizado de pais que não cumprem com seus deveres familiares (ao que em regra não corresponde qualquer consequência legal), e também com um *status quo* de absoluta desigualdade de gênero**.

SUGESTÃO DE OPERACIONALIZAÇÃO

Sugere-se, sempre considerando as particularidades de cada caso, que a/o menbra/o faça uso das medidas de cumprimento de sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de fazer (no caso de título judicial) ou a execução de obrigação de fazer (no caso de título extrajudicial), bem como de seus consectários legais, para fins de execução judicial do direito de convivência.

Em caso de indeferimento da petição inicial com base na "inexigibilidade do direito", sugere-se o manejo do competente recurso de apelação, com fulcro no art. 1.009, *caput*, c/c. art. 203, § 1º, ambos do Código de Processo Civil, com possibilidade de juízo de retratação na forma do art. 485, § 7º, do mesmo diploma.