

Raduan Miguel Filho

V Congresso Brasileiro do IBDFAM

O Direito/Dever de Visitas, Convivência Familiar e Multas Cominatórias (*astreites*)

1. Das relações de família, talvez a que traga o maior número de conflitos e certamente a mais difícil do operador do direito lidar são, seguramente, as questões ligadas a **guarda e visita aos filhos**, pois com o desfacelamento da primitiva entidade familiar, e tomando corpo a desarmonia na convivência familiar, surgem as contendas pelos bens amealhados e principalmente pela posse e guarda dos filhos e o nunca compreendido direito de visitas dos pais aos filhos.

A disputa pela convivência com os filhos, notadamente nas questões de visita, surge de um direito/dever, uns ainda apontando como sendo dos genitores e outros, notadamente a partir da Constituição de 88 e com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, apontando que tal direito/dever de visita é inerente aos filhos em relação a seus pais. Muito embora não seja nosso intuito abordar a legitimação de tal direito/dever, a questão pontual é o conflito que se cria, primeiramente entre os pais querendo ou não querendo estar com os filhos após o fim das relações afetivas que fez surgir a família, e em segunda análise, o conflito, que na grande

Raduan Miguel Filho

V Congresso Brasileiro do IBDFAM

O Direito/Dever de Visitas, Convivência Familiar e Multas Cominatórias (*astreites*)

maioria dos casos, transfere-se também aos filhos que acabam envolvendo-se na querela dos genitores e findam por tomar partido, ou para o lado da mãe ou para o lado do pai - ou até mesmo contra ambos os pais (querendo ou não querendo estar com os pais).

2. Não é nosso propósito, repito, nesta pequena exposição, defender ponto de vista sobre a melhor forma de se lidar com esse assunto, e nem expor ou discutir posição e pensamento de qualquer doutrinador ou jurista.

Queremos apenas trazer a lume questão prática que enfrentamos no cotidiano forense ao operar o direito, notadamente no exercício da magistratura em Juízo de Família, e apresentar a questão para debate e análise dos ilustres participantes, com o fim precípuo de incentivar a discussão do tema diante de novas diretrizes processuais contempladas no Código de Processo Civil, nos artigos 461 e 461-A, por recentes alterações legislativas; essas modificações trouxeram, sem sombra de dúvidas, sensíveis alterações na materialização do Direito de Família, com reflexos concretos na efetivação da justiça, que sempre ressentiu

Raduan Miguel Filho

V Congresso Brasileiro do IBDFAM

O Direito/Dever de Visitas, Convivência Familiar e Multas Cominatórias (*astreites*)

da falta de meios e mecanismos eficazes na solução ou na inibição dos conflitos familiares.

3. Nas relações familiares, a convivência familiar entre seus membros é por demais salutar, sendo desnecessário inclusive tecer maiores comentários.

A questão que se apresenta de solução pouco mais complexa de se lidar no cotidiano apresenta-se, com o fim do casamento ou união estável, em manter uma boa convivência familiar, na busca de cumprir a vontade dos pais em estar com seus filhos, e destes de estar com os pais, exercendo o direito de visitas.

É bem verdade que encontramos casais resolvidos, esclarecidos, que procuram de todas as formas manter distantes os filhos dos dissabores conjugais. Mas quando a questão chega aos tribunais, não é esse o quadro que se apresenta.

Quando nos deparamos com casais que não resolveram suas querelas, apegam-se, eles, a qualquer coisa, e qualquer fato é

Raduan Miguel Filho

V Congresso Brasileiro do IBDFAM

O Direito/Dever de Visitas, Convivência Familiar e Multas Cominatórias (*astreites*)

suficiente - é exatamente o que ficam buscando - para dar ensejo a uma batalha - judicial ou não, de proporções incomensuráveis.

Basta que um deles, por exemplo, inicie vida nova (ou o fato de um estar bem é que incomoda o outro cônjuge) para que o ciúme tome conta para “azedar” as relações com o outro companheiro; um desentendimento entre um casal seria simples de se administrar se ele ficasse apenas nas relações dos dois diretamente envolvidos; mas não é o que ocorre: inicia-se aí um jogo de força e poder de dimensões por vezes incontroláveis; os filhos passam a ser a moeda de troca.

O reflexo é imediato e notadamente nas questões de guarda e visita, dá ensejo as mais variadas reações conflituosas: (a) deixa-se sistematicamente de se cumprir as obrigações assumidas; (b) obrigações de fazer, de dar ou de pagar, e que foram assumidas quando disciplinaram sobre a separação, divórcio ou fim da união estável, ou quando romperam de fato a vida comum, deixam de serem honradas, com o objetivo precípuo de atingir o outro cônjuge ou companheiro; (c) até (e principalmente) as obrigações advindas de decisões judiciais

Raduan Miguel Filho

V Congresso Brasileiro do IBDFAM

O Direito/Dever de Visitas, Convivência Familiar e Multas Cominatórias (*astreites*)

deixam de ser cumpridas ou começam a criar empecilhos para que não sejam elas adimplidas, etc.

Se for com o pai, ele deixa de pagar a obrigação alimentar devida à ex-esposa e filhos; não entrega os documentos ou os móveis que se obrigou a fazê-lo; não transfere a propriedade do bem que havia se comprometido; não faz a matrícula do filho na escola, na época própria, como tinha pactuado ou se obrigado; e principalmente deixa de visitar os filhos com a frequência costumeira ou simplesmente deixa de visitá-los; e se é ele que tem a posse e guarda dos filhos, passa a dificultar a visita da mãe, senão em muitas vezes, impedi-la de ver os filhos.

Com a mãe não é diferente; deixa de cumprir com suas obrigações, como estava anteriormente acertado; é comum ela dificultar o exercício da visita aos filhos pelo pai, pensando que impedindo a convivência dele com os filhos estará punindo-o por seus atos e atitudes.

Assim, a relação de boa convivência entre os membros da família, então harmoniosa, passa a ser conflituosa.

Raduan Miguel Filho

V Congresso Brasileiro do IBDFAM

O Direito/Dever de Visitas, Convivência Familiar e Multas Cominatórias (*astreites*)

4. Nas questões de família, as partes interessadas, o Juiz e o Ministério Público possuíam pouquíssimos mecanismos judiciais que tornassem ou que dessem maior efetividade às obrigações assumidas. Ficavam na maioria das vezes à mercê de mecanismos processuais tosco, tal como o processo de execução de obrigação de fazer ou não fazer.

Já na reforma processual ocorrida em 1994, com a Lei 8.952 (13/12/94), o artigo 461 recebeu nova redação para o fim de autorizar providencias que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento nas obrigações de fazer ou não fazer.

Esses mecanismos de empreender uma tutela diferenciada começaram a ser implementado com bastante timidez, e sua utilização era restrita ao âmbito dos interesses pecuniários.

Essa providência (prevista no art. 461 do CPC) e aquela do artigo 287 do Código de Processo Civil, tinham tímida aplicação fora das relações de cunho pecuniário porque a inadimplência levava à

Raduan Miguel Filho

V Congresso Brasileiro do IBDFAM

O Direito/Dever de Visitas, Convivência Familiar e Multas Cominatórias (*astreites*)

indenização, além de que era imperativo constar, na inicial o pedido de condenação.

A reformulação empreendida no mencionado artigo 461, em 2002, com o advento da Lei nr. 10.444 (07/05/02), na busca de implementar mecanismos de uma tutela diferenciada deu ensejo a audaciosa e contundente alteração da processualística brasileira tendente à efetivação da justiça. Criou-se mecanismos fortes, confiando no poder do juiz medidas que levem ao cumprimento das obrigações assumidas pelas partes ou determinadas em decisão judicial. Essa tendência do Processo Civil Contemporâneo, já acentuada por vários doutrinadores, é a de resguardar àquele que se apresenta em juízo com plausibilidade de razão - mediante cognição sumária - o direito em espécie, relegando em segundo plano, sua reparabilidade patrimonial.

Ampliou a aplicação, antes restrita ao cumprimento das obrigações de fazer e não fazer, e agora também nas obrigações de dar e entregar; sempre na busca da efetivação da tutela específica e obtenção de resultado prático.

Raduan Miguel Filho

V Congresso Brasileiro do IBDFAM

O Direito/Dever de Visitas, Convivência Familiar e Multas Cominatórias (*astreites*)

A questão que outrora necessitava de que o pedido de tal providencia constasse do pedido inicial, como inserto do artigo 287 do CPC, agora admite inclusive atuação de ofício por parte do Juiz (parágrafos 5º e 6º do art. 461 CPC).

5. No âmbito do Direito de Família, donde pela própria peculiaridade do litígio e da causa em disputa, confrontamos com querelas em que a indenização em pecúnia tem menos importância do que o adimplemento da obrigação assumida. A aplicação do disposto nos artigos 461 e 461-A representam de certa forma, se não a solução, pelo menos grande ajuda para a solução dos conflitos familiares.

6. A multa cominatória que ora nos referimos, tem e deve ter, no âmbito do Direito de Família, **caráter desestimulador do inadimplemento das obrigações assumidas**. Daí resulta a sua grande importância de ser ela utilizada nesses conflitos.

É importante não perder de vista que, a sua má utilização, ou a utilização com fins desvirtuados, ao contrário da solução de um conflito familiar, tem ele a possibilidade de acirrar os ânimos dos contendores,

Raduan Miguel Filho

V Congresso Brasileiro do IBDFAM

O Direito/Dever de Visitas, Convivência Familiar e Multas Cominatórias (*astreites*)

passando a ser utilizado como mecanismo de vinganças e de extravasar ódio, fins estes que devem ser evitados a qualquer custo.

7. Como muito bem assinala o Ministro JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, em artigo de sua autoria¹, *se o processo constitui instrumento para a realização do direito material, só se pode a rigor considerar plenamente eficaz a sua atuação quando ele se mostre capaz de produzir resultado igual ao que se produziria se o direito material fosse espontaneamente observado.*

É importante deixar registrado que, a nosso juízo, a multa prevista no artigo 461 do CPC é diversa daquela fixada extrajudicialmente, eis que estas são medidas acessórias a um comando judicial, com o fim precípuo de constranger o devedor a não inadimplir, ou seja, a cumprir a obrigação assumida. E não é de natureza punitiva do inadimplemento.

Veja inclusive que a lei processual permite até a modificação da multa, se ela se afigurar insuficiente ou excessiva aos fins colimados

¹ Temas de Direito Processual, Juruá, 1998, p 42

Raduan Miguel Filho

V Congresso Brasileiro do IBDFAM

O Direito/Dever de Visitas, Convivência Familiar e Multas Cominatórias (*astreites*)

aplicando o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, pois dever guardar relação de adequação com o fim perseguido.

8. Por estar inserido na parte geral do Código de Processo Civil é que não resta dúvida alguma à permissibilidade de aplicação do artigo 461 às causas de Direito de Família. E hoje aplicável tanto nas ações que visem a entrega de coisa certa, quanto incerta, como se depreende claramente da leitura do parágrafo 1º desse dispositivo legal.

9. E como mecanismo de efetivação de justiça, resta um ponto ainda controvertido na doutrina e na jurisprudência. Diz respeito ao momento em que é devida a multa estabelecida na forma do art. 461-A (parágrafo 5º) do CPC.

Sobre esse assunto o STJ acenou para a exigência de instauração de processo de execução regular, pois a multa somente é exigível a partir do descumprimento da sentença.

Embora havendo divergências doutrinárias a respeito, estamos convencidos que a questão ficou pacificada com a alteração do artigo

Raduan Miguel Filho

V Congresso Brasileiro do IBDFAM

O Direito/Dever de Visitas, Convivência Familiar e Multas Cominatórias (*astreites*)

621 do CPC, que restringiu sua aplicação às execuções de títulos extrajudiciais, e a inclusão do artigo 461-A, que eliminou o processo de execução autônomo para títulos judiciais que contenham obrigações de entregar (coisa certa ou incerta).

Isso foi muito importante no âmbito das lides de família, que não pode e não deve requerer rigor de formalismos, porquanto há variadas questões que não podem esperar para o momento de formação do processo de execução para se buscar a justiça efetiva.

A regra em comento veio para permitir uma **efetivação célere do provimento judicial**. Tal qual ocorre com a **antecipação da tutela** (art. 273 do CPC). Pensamos que, impor a instauração de processo de execução para exigir a multa referida é criar ônus excessivo que o legislador processual não quis impor ao credor. Aliás, por demais claro é a disposição legal. A discussão, a nosso ver, é apenas para incentivar a evolução do direito e reafirmar o avanço na processualística em **dispensar** processo próprio e autônomo; o provimento judicial atuará no mesmo processo em que é expedido, sem necessidade de se recorrer a outra ação.

Raduan Miguel Filho

V Congresso Brasileiro do IBDFAM

O Direito/Dever de Visitas, Convivência Familiar e Multas Cominatórias (*astreites*)

O objetivo, e nunca devemos perder de vista, é **operacionalizar de imediato o comando judicial ou permitir a obtenção do resultado prático equivalente, nas obrigações de fazer, não fazer, dar ou entregar coisa.**

10. Aliás, se é possível a antecipação, mediante cognição sumária, dos efeitos da sentença, não há razão para não se admitir a antecipação, através de execução imediata da sentença e de cognição exauriente, de mesmos efeitos.

Bastante apregoadado por ROLF MADALENO, quando se refere ao “Calvário da Execução” a que se submete o credor ante a inadimplência do devedor, podemos agora afirmar que, nas obrigações de fazer, não fazer e de entregar, está nosso sistema processual civil provido de técnicas mais eficazes e mais céleres para a tutela desses direitos, outorgando maior poder de autoridade ao magistrado para alcançar a efetivação do provimento judicial e conseqüentemente para a efetivação da justiça, porque **não há ilícito mais nefasto do que o descumprimento de ordens emanadas do Poder Judiciário.**

Raduan Miguel Filho

V Congresso Brasileiro do IBDFAM

O Direito/Dever de Visitas, Convivência Familiar e Multas Cominatórias (*astreintes*)

Como afirma HUMBERTO THEODORO JUNIOR², *perder-se a confiança na Justiça é o ultimo e pior mal que pode assolar o Estado Democrático de Direito.*

11. Nesse raciocínio sobressai as *astreintes*, como medida coercitiva destinada a resguardar a autoridade das decisões judiciais e, por conseqüência, a própria credibilidade do Poder Judiciário, que tem seus comandos constantemente aviltados, em nome de um princípio, hoje bastante relativizado pelo Direito de Família, da inércia da jurisdição, previsto no artigo 2º do CPC.

A multa cominatória possui ainda um sentido ético, no momento em que faz romper a resistência insana e ímproba do devedor, que além de causar, com seu ato, prejuízo ao credor, desrespeita o Estado-Juiz ao querer impor a perpetuação de sua inadimplência. Por isso diz-se que não tem ela finalidade sancionatória ou reparatória, mas age como instrumento de coerção indireta, tendente a dar efetividade ao mandamento judicial.

² in Tutela Específica das Obrigações de Fazer e Não Fazer, Rev de Processo, 105, jan/mar/2002, p. 33

Raduan Miguel Filho

V Congresso Brasileiro do IBDFAM

O Direito/Dever de Visitas, Convivência Familiar e Multas Cominatórias (*astreites*)

Sob esta ótica, a **multa cominatória**, ou ***astreinte***, prevista no artigo 461 e 461-A do CPC, trouxe para o Direito de Família, instrumento de efetivação do comando judicial que vem de encontro com os anseios dos operadores do direito, e, principalmente, dando efetividade a prestação jurisdicional esperada pelos jurisdicionados que acorrem às Varas de Família para a solução de seus conflitos, na busca de uma convivência familiar pacífica.

Deve, pois, essa prática, ser incentivada, disseminada e adotada no meio jurídico, pois, o temor à efetivação imediata do regramento judicial certamente constituirá em fator desestimulador da inadimplência das obrigações advindas de acordos e decisões judiciais em causas de família.