

Mirislene Aparecida Vieira da Silva

O direito de visita dos avós aos netos

UNISAL

Lorena

2008

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

Mirislene Aparecida Vieira da Silva

O direito de visita dos avós aos netos

Dissertação apresentada como exigência parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito à Comissão Julgadora do Centro Universitário Salesiano de São Paulo, sob orientação da Prof.^a Dra. Regina Vera Villas Bôas.

UNISAL

Lorena

2008

Silva, Mirislene Aparecida Vieira da
O direito de visita dos avós aos netos/Mirislene Aparecida Vieira da Silva. – Lorena:
Centro Universitário Salesiano de São Paulo, 2008.
f. 116

Dissertação (Mestrado em Direito). UNISAL – SP
Orientadora: Profa. Dra. Regina Vera Villas Bôas.
Inclui bibliografia.

1. A família 2. A dissolução da sociedade conjugal 3. Os institutos da guarda e do direito de visita. 4. O direito de visita dos avós aos netos. 5. A legislação sobre o direito de visita dos avós aos netos no Brasil.

Comissão Julgadora

Richard N. B.

af.

M. A.

Dedico à minha querida mãe
Maria José que,
embora tenha partido tão cedo,
em essência é a minha inspiração.
A Pedro e Marcela, meus filhos,
fonte inesgotável da minha alegria.
A Dênio, meu esposo, pelo amor,
estímulo e compreensão.

AGRADECIMENTOS

Agradeço sempre e primeiramente a Deus que me agraciou com saúde e persistência, para realizar este trabalho.

Dênio, por acreditar e confiar em mim, incentivar-me e tolerar a minha ausência.

A todos da minha família: Papai, D. Luzia, Marlene, Fernando, Charles, Katiane, Wellington, Elizângela, Daniel, Graça, Bruno, Yara, Rômulo, Janine, Brutus, sobrinhos e sobrinhas, que me incentivaram e supriram a minha ausência cuidando dos meus filhos cada vez que viajava para Lorena (SP).

Todos do Escritório de Advocacia, especialmente Simone, pela tolerância e desdobramento nos trabalhos durante as minhas faltas; Vicência e Eleilde pelas orações e cuidados, Luan e Devictor, pela torcida e apoio. Felipe, pela dedicação.

De forma especial a todos os amigos, principalmente João Helton e Vanessa, companheiros de viagem, sonhos, buscas, descobertas, alegrias, erros e acertos na construção do conhecimento.

Esmeralda, quem primeiro acreditou que era possível realizar este mestrado.

À minha orientadora Profa. Dra. Regina Veras Villas Bôas, pelo apoio, conversas, discussões e encaminhamentos na construção desta dissertação, compartilhando sua sabedoria, conduzindo de maneira firme, porém amiga, marcando definitivamente e para sempre a sua presença na minha vida e na minha história.

A todos os professores do mestrado que compartilharam o seu conhecimento, enriquecendo-me culturalmente ao longo desses dois anos, e de uma forma carinhosa à Profa. Dra. Ana Maria Viola que, com seu trabalho, inspirou a escolha do tema desta dissertação.

Aos colegas, todos sem distinção, que muito contribuíram tornando nossos encontros um motivo de aprendizado, mas não muito menos de festa e alegria. Dimas e Cecília pela acolhida.

E, por fim, nada seria possível não fosse a Divina Providência ter colocado em meu caminho a Dra. Grasielle Augusta, coordenadora do Mestrado, que incentivou e acolheu esta sertaneja que aportou, juntamente com dois outros “caixeiros viajantes”, no UNISAL. Obrigada, nada seria possível sem vocês!

Como ontem está longe!
Esse passado é um infinito fixo de distância,
coisas idas, o início e o terminado,
longe na irreparável semelhança.
(Fernando Pessoa)

“Os avós, os grandes esquecidos da sociedade,
são as novas figuras familiares de nosso tempo.”
(Attias-Donfut e Segalen)

RESUMO

Para abordar o tema relativo ao direito de visita dos avós aos netos, inicia-se este trabalho a partir da investigação sobre o desenvolvimento da instituição da família, com ênfase no Brasil, até chegar ao modelo que tem como lastro principal a afetividade e a realização dos seus membros, que se unem nos novos modelos de família: monoparental, homoafetiva, matrimonializada e derivada da união estável. A seguir, faz-se uma análise sobre a dissolução da sociedade conjugal e suas conseqüências, numa visão jurídica e psicanalítica, com o foco principal nos filhos menores e maiores incapazes, neste aspecto observando a importância dos avós. Em função da dissolução da sociedade conjugal há a necessidade de decisão sobre a guarda dos filhos e as visitas, assim, passa-se à análise desses institutos. Os conflitos gerados no processo de separação e definição da guarda e visita dos filhos, muitas vezes obstam o direito dos avós em relação aos seus netos, por isso é analisado o direito de visita deles como um direito natural e como prerrogativa dos netos dentro do conceito da doutrina da proteção integral; neste sentido investiga-se a identificação dos avós no Brasil, principalmente a sua maioria de idosos, que nessa qualidade especial, merece maior destaque e proteção. Por fim, passa-se à análise da ausência de legislação sobre o tema, confrontando situações reais, enfrentadas pela doutrina e a jurisprudência, que disciplinam e regularizam o direito de visita dos avós aos netos.

Palavras-chave: Família; Avós e netos; Idosos; Direito de visita; Convivência familiar.

ABSTRACT

Approaching the issue concerning the right to visit the grandparents to grandchildren, will begin this work from research on the development of the institution of the family, with emphasis in Brazil until model that has as principal base the affectivity and the realization of your members who join to the new models of the family: monoparental, homoaffective, married and derived of stable union. After that, an analysis of about the dissolution of the marital society and its consequence, in a juridical and psychoanalytical vision, with the main focus in the younger children and incapable adult, in this regard noting the importance of the grandparents. On the bases marital of the dissolution of society there is the necessity for a decision on custody of the children and the visits, therefore pass the analysis of this institutes. The conflict produced in the process of separation and definition of custody and visits of the children, often oppose the right to the grandparents related to their grandchildren, so it is considered the right to their visit them a natural right and as prerogative of the grandchildren inside the idea of the doctrine of integral protection; in this aspect investigate the identification of the grandparents in Brazil, mainly the majority of old-aged, that in this special quality, deserve bigger prominence and protection. Finally, pass the analysis of the absence of the legislation about the theme, facing real situations, confronted by the doctrine and the jurisprudence, that discipline and regularize the right to visit the grandparents to their grandchildren.

Key words: Family; Grandparents and grandchildren; Old-aged; Right of visit; Living family.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	12
1.	PROCESSO DE NUCLEAÇÃO DA FAMÍLIA	15
1.1	Conceito de família	17
1.2	Origem e evolução da família	19
1.3	Família singular e família plural	25
1.4	Importância dos avós no contexto da família	29
2.	A DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL	35
2.1	Breve incursão histórica sobre o tema no Brasil	35
2.2	Conseqüências da dissolução da sociedade conjugal quanto aos filhos	38
2.3	Importância dos avós no processo de dissolução da sociedade conjugal	41
3.	OS INSTITUTOS DA GUARDA E DO DIREITO DE VISITA ...	44
3.1	Breves considerações sobre o tema	44
3.2	O poder familiar	48
3.3	O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente	50
3.4	Considerações sobre o instituto da guarda	55
3.4.1	Guarda única e seus efeitos nas relações familiares	58
3.5	Direito de visita ou direito de convivência?	60
3.5.1	O afeto como um dos fundamentos jurídicos do direito de visita	63
4.	O DIREITO DE VISITA DOS AVÓS AOS NETOS	69
4.1	Tratamento legislativo do tema	69
4.2	Identificação dos avós na sociedade brasileira	72
4.2.1	O idoso na legislação nacional	74
4.2.2	Os avós idosos no contexto da família	77
4.3	Os avós no olhar dos netos	80
4.4	Obrigação alimentar dos avós e o direito de visita	82
5.	A LEGISLAÇÃO SOBRE O DIREITO DE VISITA DOS AVÓS AOS NETOS NO BRASIL	86
5.1	A proteção constitucional	87
5.2	O Estatuto da Criança e do Adolescente	89
5.3	As ações de regularização de visitas intentadas pelos avós	91
5.4	A jurisprudência	94
5.5	O projeto de lei que contempla a regularização de visitas dos avós aos netos	97
	CONCLUSÃO	101
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	106
	ANEXO A - Jurisprudência do TJSP	112
	ANEXO B - Jurisprudência do TJMG	113
	ANEXO C - Jurisprudência do TJRS	115

INTRODUÇÃO

O direito de visita é um instituto do direito de família, consagrado pela legislação, exclusivamente aos pais. Nos casos de dissolução da sociedade conjugal tal direito é concedido àquele pai ou mãe que não detém a guarda do filho.

O referido instituto não contempla expressamente o direito de outros parentes de se avistarem com as crianças e adolescentes, ou maiores incapazes, após dissolvido o vínculo conjugal.

Os avós, de forma específica, são os primeiros prejudicados pela ausência normativa. A relação direta que têm com os netos, durante o convívio conjugal de seus filhos com noras e/ou genros, gera uma convivência mais próxima que solidifica os laços afetivos. Dissolvidos os laços conjugais, os avós nem sempre conseguem manter contato com os netos ficando a mercê da vontade do detentor da guarda.

A partir da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, os conceitos relacionados ao direito de família estão sendo amplamente discutidos sob a ótica da família constitucionalizada aliada ao processo de evolução social que se presencia neste século. O tema deste trabalho vem ao encontro desse anseio de buscar novas respostas face tais mudanças.

Assim, a investigação do tema tem por escopo identificar qual o papel e a importância dos avós neste novo modelo de família constitucionalizada, principalmente durante e após o processo de dissolução da sociedade conjugal, especificamente no trato com os netos. Questiona-se se o direito à convivência familiar entre avós e netos

se configura um direito natural dos avós ou um direito de personalidade de crianças e adolescentes.

A partir dessas premissas, busca-se através de pesquisa bibliográfica, a investigação sobre a instituição “família”, a atribuição de papéis dentro dela, o modelo brasileiro que foi codificado e a sua dissolução. Especial atenção é dada aos avós e netos nesse contexto, pela análise dos estatutos do idoso e da criança e do adolescente.

Acredita-se ser de grande importância refletir sobre a ampliação do instituto “Direito de Visita”, cuja interpretação ainda é dependente da visão subjetiva do julgador acerca do contexto da família na atualidade.

A legislação pátria não prevê o direito de visita para os avós, mas neste trabalho será investigado como a doutrina e a jurisprudência têm se posicionado, pois a Constituição Federal de 1988, nos arts. 226 e 227 definiu a família como a base da sociedade e preceituou que constitui dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente os direitos essenciais para a “convivência familiar e comunitária”, como pressupostos de uma vida digna.

Assim, tem-se uma prerrogativa da criança e do adolescente, mas, e quanto aos avós, haveria fundamento jurídico para a manutenção do direito de se avistarem com seus netos?

Há que se considerar, e investigar também, a situação dos avós idosos, com necessidades e particularidades que não podem ser desprezadas. Eles são hoje tratados de forma prioritária pela legislação (Estatuto do Idoso – lei 10.741/2003), o que será observado no que diz respeito às relações familiares.

A pesquisa no seu caráter interdisciplinar observa a visão psicanalítica na modalidade de relação avós/netos, se gera ou não um crescimento pessoal para os envolvidos. Se há ou não uma contribuição do idoso, dentro da denominada cultura pós-figurativa, gerando o aprendizado das crianças e adolescentes junto aos mais velhos.

E, por último, a prática forense tem mostrado que os relacionamentos familiares, principalmente no momento da dissolução ou fim da sociedade conjugal, são marcados pela intolerância, desavenças e limitações próprias de pessoas em situação conflituosa, que dificultam, distanciam e impedem a convivência entre avós e netos.

A intenção deste trabalho de pesquisa é demonstrar o paradoxo criado entre a ausência da garantia formal da visita entre avós e netos e a realidade prática das relações familiares, apontando as conseqüências para os envolvidos, sem descurar das possíveis soluções.

1. PROCESSO DE NUCLEAÇÃO DA FAMÍLIA

O homem não nasceu para a solidão, instintivamente ele busca os agrupamentos, num senso de associativismo e apoio comum. Não é somente a necessidade material que move o homem, é muito mais a disposição natural de agregação de um homem a outro.

Encontra-se em Aristóteles a afirmação mais precisa de que o homem é um ser social e “naturalmente um animal político”¹.

Para o filósofo grego, somente aquele ser de natureza vil ou superior ao homem procuraria viver isolado dos outros homens sem que a isso fosse constringido. Mas assim procedendo, mereceria a censura cruel de ser sem família, sem leis e sem lar. Nessas considerações, a censura ressoa como penalidade àquele que fica destituído da docilidade de ter o ambiente doméstico: um lar.

A família foi o primeiro agrupamento a que o homem se ligou. A gênese está na construção dos vínculos afetivos, no ideal de felicidade perseguido pelas pessoas de um modo geral.

Maria Berenice Dias² considera natural a idéia de que a felicidade só pode ser encontrada a dois, como se existisse um setor de felicidade ao qual o sujeito sozinho não tem acesso. Nesse contexto esposou a idéia de Giselda Hironaka afirmando que não se leva em consideração a posição que o indivíduo ocupa na família, ou qual a espécie de agrupamento familiar ele pertence – mas que o importante é pertencer ao seu âmago,

¹ ARISTÓTELES. *A Política*. 15. ed. São Paulo: Escala (s.d.). p. 14.

² DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 27.

é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças, valores e se sentir, por isso, a caminho da realização de seu projeto de felicidade.

António Manuel Hespanha³ traz a informação de que nem mesmo o surgimento da concepção individualista da sociedade destruiu a idéia de que a família constitui uma “sociedade naturalmente auto-organizada”. Assim descreve a imagem da família:

(...) como grupo humano e como universo da afetividade – está presente por todo o lado no discurso social e político da sociedade de Antigo Regime. É invocada a propósito das relações entre Criador e as criaturas, entre Cristo e a Igreja, entre a Igreja e os fiéis, entre o rei e os súditos, entre os amigos, entre o patrão e os seus criados, entre os que usam o mesmo nome e, evidentemente, entre os que partilham o mesmo círculo doméstico.

O caráter modelar desta imagem provinha, desde logo, do fato de ela constituir uma experiência comum a todos. Todos tinham uma família. E, para além disso, todos a tinham como fato natural, *i.e.*, fundada em relações e sentimentos que pertenciam à própria natureza das coisas.⁴

A família natural tem um perfil diferenciado daquela enunciada pela legislação. É bem verdade que o primeiro modelo precede o segundo, até mesmo pelo processo em que se dá a positivação. A lei surge em função do homem, e não o homem em função da lei.

A evolução conduziu a sociedade a um processo inarredável. As mudanças se traduzem primeiro no ambiente familiar e é por isso que indistintamente denominam a família como a célula-mãe da sociedade. É ali onde tudo começa, e é pra lá que tudo retorna.

³ HESPANHA, António Manuel. *O direito dos letrados no império português*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 149-150.

⁴ Idem.

1.1 Conceito de família

O trabalho na elaboração de um conceito não é das atividades mais simples, talvez seja essa a justificativa mais plausível para a ausência de consenso no conceito de família. A começar pela forma de nucleação, a delimitação das pessoas que compõem o grupo e o papel de cada um nesse agrupamento.

Uma tarefa aparentemente simples, empreendida por todos os grandes juristas, mas que, ao se analisar os conceitos traçados, percebe-se que em sua maioria eles confundem o conceito de família com o de casamento.

Como informa Pereira⁵, é inegável que mesmo estando no terceiro milênio, quando se fala em formar uma família, pensa-se que ela só pode constituir-se por meio do casamento, porém do ponto de vista da ciência é preciso observá-la como algo mais abrangente.

No desenvolvimento doutrinário sobre o tema, depara-se com conceitos como o de Clóvis Beviláqua⁶ que define família como:

Um conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo de consangüinidade, cuja eficácia se estende ora mais larga, ora mais restritamente, segundo as várias legislações. Outras vezes, porém, designam-se, por família, somente os cônjuges e a respectiva progênie.

Também, Orlando Gomes⁷, citando Mazeaud e Mazeaud, diz que: “Somente o grupo oriundo do casamento deve ser denominado família, por ser o único que

⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 27.

⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Rio, 1976. apud PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 27.

⁷ GOMES, Orlando. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 1994. apud PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003 p. 28.

apresenta os caracteres de moralidade e estabilidade necessários ao preenchimento de sua função social”.

Caio Mário da Silva Pereira, no sentido genético e biológico, considera-a família o conjunto que descendem de tronco ancestral comum, mas que ao final o conceito de família irá ser restringido pelo direito, e a norma é que em última instância define quem compõe os grupos familiares, tendentes a cingi-lo ao pai, mãe e filhos.

Assim se expressa o autor:

(...) Ao conceituar a *família*, sobe de ponto a diversificação. Em sentido genético e biológico, considera-se família o conjunto que descendem de tronco ancestral comum. Ainda neste plano geral, acrescenta-se o cônjuge, adiantem-se os filhos do cônjuge (enteados), os cônjuges dos filhos (genros e noras), os cônjuges dos irmãos e os irmãos do cônjuge (cunhados). Na largueza desta noção, os civilistas enxergam mais a figura da romana *Gens* ou da grega *Genos* do que da família propriamente dita. (...)

(...) Na verdade, em senso estrito, a família se restringe ao grupo formado pelos pais e filhos. Aí se exerce a autoridade paterna e materna, participação na criação e educação, orientação para a vida profissional, disciplina do espírito, aquisição dos bons ou maus hábitos influentes na projeção social do indivíduo. Aí se pratica e desenvolve em mais alto grau o princípio da solidariedade doméstica e cooperação recíproca.⁸

Maria Berenice Dias,⁹ no entanto, considera que o modelo convencional (um homem e uma mulher unidos pelo casamento e cercados de filhos) está ultrapassado. O novo modelo de família se distancia do perfil tradicional e dá lugar à convivência em famílias recompostas, monoparentais, homoafetivas, que dão um sentido mais plural e geram a necessidade de se flexionar o termo que as identifica.

Esse novo modelo de família, “mais igualitária nas relações de sexo e idade, mais flexíveis em suas temporalidades e em seus componentes, menos sujeitas à regra e

⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 15-16.

⁹ DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 38.

mais ao desejo¹⁰, demonstra que a família busca, no atual momento histórico, a melhor maneira de realizar os interesses afetivos e existenciais de seus componentes.

Não há discussão acerca da essencialidade da família como fundamento da existência da própria sociedade, mas no contexto da globalização não há como negar que o seu conceito foi reformulado.

A digressão histórica, em uma síntese, mostra o processo deflagrado pela própria evolução social.

1.2 Origem e evolução da família

As investigações sobre a origem da família, segundo informa Pereira¹¹, trazem várias referências a estágios primitivos em que mais atua a força da imaginação do que a comprovação fática; prevalece mais a generalização de ocorrências particulares do que a indução de fenômenos sociais e políticos de franca aceitabilidade.

A primeira informação é da existência de uma promiscuidade originária em que todas as mulheres pertenceriam a todos os homens, o que é refutado por Pereira¹², para quem, essa condição é incompatível com a idéia exclusivista do ser humano, sendo contraditória com o desenvolvimento da espécie.

Pereira¹³ nega o tipo familiar *poliândrico*, em que se tem a presença de vários homens para uma só mulher, ou ainda o matrimônio por grupo, caracterizado

¹⁰ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. apud PERROT, Michelle. *O nó e o ninho*. Revista Veja 25 anos: reflexões para o futuro, São Paulo: Abril, 1993, p. 75-81.

¹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. 2. 1992. p. 18.

¹² Ibid. p. 19.

¹³ Ibid. p. 19-20.

pela união coletiva de algumas mulheres com alguns homens. Entende ser mais racional admitir a idéia da família *monogâmica*, ainda que entenda que a controvérsia não se extinga nesse ponto, dada a questão da autoridade no seio da família, a qual é alternada nos tipos de organização familiar matriarcal e patriarcal.

Segundo o citado autor:

(..) Pode ter acontecido eventualmente que em algum agrupamento a ausência temporária dos homens nos misteres da guerra ou da caça haja subordinado os filhos à autoridade materna, que assim a investia de poder. Ou pode supor-se (como o faz Westermarck, com base em costumes observados em primitivos atuais) que a certeza da maternidade foi erigida em elemento determinante das relações de parentesco (irmãos uterinos, especialmente), desprezando-se ou relegando-se a plano secundário o parentesco na linha masculina.

Mas aceitar como certa a existência de um tipo de família preenchendo todo um período evolutivo, na qual à mulher estaria reservada a direção do lar, parece realmente pouco provável.

Fato certo e comprovado, este, sim, pelos registros históricos, pelos monumentos literários, pelos fragmentos jurídicos, é que a família ocidental viveu largo período sob a forma *patriarcal*. Assim reconheceram as civilizações mediterrâneas. Assim a divulgou a documentação bíblica. E nós, herdeiros intelectuais da civilização romana, encontramos-a documentada nas pesquisas históricas de Mommsen e Fustel de Coulanges, ou referida nos depoimentos de Aulo Gélcio e Tito Lívio. Ressalta ainda hoje o tônus emocional com que Cícero alude a figura valetudinária de Appius Claudius, que dirige aos seus com a plena autoridade de um patriarca autêntico, não obstante a idade avançada e a quase-cegueira. As regras fixadas através dos tempos, desde época anterior ao Código Decenviral até a codificação Justinianéia do VI século, dão testemunho autêntico dessa tipicidade familiar. (...)

Se originariamente as famílias tiveram organização sobre a autoridade do homem ou da mulher, a história não define tempo, modo e lugar que isso aconteceu. Mas o consenso é que o modelo padrão e gênese da família no Brasil e no ocidente é a família romana. Mesmo deflagrado o processo evolutivo, ainda hoje é com ela que a família brasileira ainda guarda alguns costumes interioranos e marcadas reminiscências.

Em Roma, a família era organizada a partir do princípio da autoridade à qual se submetiam todos aqueles que se encontravam sob o poder do *paters familias*, que

era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. Ele exercia sobre os filhos direito de vida e de morte, podia impor-lhes pena corporal, vendê-los, tirar-lhes a vida. A mulher vivia totalmente subordinada à autoridade marital, nunca adquirindo autonomia, passando da condição de filha à de esposa, sem qualquer modificação quanto à sua capacidade, desprovida de direitos próprios.

A família era uma unidade religiosa, tinha religião própria, dita doméstica e provinda dos antepassados.

Conforme relatado por Fustel de Coulanges:

A família compõe-se de um pai, de uma mãe, de filhos e de escravos. Esse grupo, por pequeno que seja, deve ter a sua disciplina. A quem competirá, pois, a autoridade principal? Ao pai? Não. Em toda casa existe algo de superior ao próprio pai: a religião doméstica, o deus que os gregos chamam de *senhor do lar*, *estia despoina*, e que os latinos conhecem por *lar familiae pater*. Nessa divindade interior, ou, o que dá no mesmo, na crença que mora na alma humana, reside a autoridade menos discutível. É essa crença que indica na família a condição de cada um.

O pai é o primeiro junto do lar; é ele que o acende e o conserva; é o seu pontífice. Em todos os atos religiosos ele exerce a função mais elevada; degola a vítima, a sua boca pronuncia a fórmula da oração que deve chamar sobre si e os seus a proteção dos deuses. A família e o culto perpetuam-se por seu intermédio; só ele representa a cadeia dos descendentes. No pai repousa o culto doméstico; quase pode ser como o hindu: “Eu sou o deus”. Quando a morte chegar, o pai será um ser divino que os descendentes invocarão.¹⁴

Toda a organização familiar era em função da idéia de religião. Fustel de Coulanges descreve, com riqueza de detalhes, que a família se reunia várias vezes ao dia em torno do altar doméstico, para invocar e reverenciar os deuses lares. Como cabia ao *pater* protagonizar o culto doméstico, todas as funções de autoridade cingia-se a ele.

¹⁴ COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2005. p. 93.

Com o passar do tempo as regras severas adotadas pela família romana foram abrandadas. A evolução foi no sentido de restringir a autoridade do *pater*, passando a mulher e os filhos a ter mais autonomia.

O Imperador Constantino, no século IV, introduziu no direito romano a concepção cristã da família, em que predominou a preocupação moral inspirada pelo espírito de caridade. Todavia, a imposição vigorosa do direito da Cidade sobre o doméstico sacrificou parcialmente a autoridade do *pater familias*.

Segundo Pereira¹⁵, “em todo tempo, sobrevivendo mesmo à codificação de Justiniano, a organização da família romana conservou-se autocrática, muito embora já se positivasse no sexto século a decomposição da família romana primitiva”.

No período pós-romano, a família vai receber a contribuição do direito germânico. O grupo familiar vai restringir-se aos pais e filhos, e revestir-se de outras características, como, por exemplo, substituir a organização autocrática pela democrática afetiva, passando assim do princípio da autoridade ao da compreensão e do amor.

O que se vê é uma completa modificação dos papéis de cada membro da família. O pátrio poder passa a ser exercido pelo pai, muito mais no interesse dos filhos e com conotação de dever e obrigação do que de direito. Não há mais o poder marital consignado no direito romano. A mulher passa a formar seu patrimônio reservado, não podendo o marido dispor dele, tendo ainda a possibilidade de defender a sua parte no

¹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 21.

acervo comum, contra eventuais credores. Ainda, vai cooperar como administradora do lar, participando das decisões e responsabilidades.¹⁶

No Brasil, por muito tempo, a idéia de família foi aquela de que é constituída de pais e filhos unidos a partir de um casamento regulamentado pelo Estado.

Esta concepção segue justamente o modelo de organização do direito romano, fruto da influência perceptível em todo o ordenamento jurídico pátrio.

A transformação do modelo familiar no Brasil é acompanhada pelo processo de positivação do próprio direito de família que, se investigado coincide com o desenvolvimento da codificação civil onde ele se insere.

O processo de codificação foi moroso. Foram sessenta e um anos desde a contratação de Teixeira de Freitas em 1855 para realizar a consolidação das leis civis. Noventa e quatro anos, contados desde 1823, quando foi decretada a vigência das Ordenações Filipinas e demais legislações portuguesas no Brasil, até que fosse elaborado o primeiro Código civil em 1916.¹⁷

De acordo com Sumaya Saady Morhy Pereira¹⁸, a primeira codificação civil foi marcada pela abstração e generalização, onde a pessoa foi modelada pela ordem jurídica; e para ser pessoa era preciso *ter e possuir o status* de sujeito de direito, e não apenas *ser* concretamente uma pessoa humana.

¹⁶ Ibid., p. 22.

¹⁷ PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. *Direitos fundamentais e relações Familiares*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 86-89.

¹⁸ Idem.

A autora critica essa abstração excessiva porque a pessoa assim considerada não seria pessoa em si mesma precedendo o conceito jurídico, e sim quem o direito definisse como tal.

Aplicando o mesmo raciocínio sobre o conteúdo de abstração no direito de família, concluiu Pereira¹⁹ que também para as relações familiares o código civil acabou por qualificar quem eram as pessoas titulares do direito de dirigir a família, ter um pai e qual a convivência afetiva poderia ser amparada pelo Estado, restando claro que somente a união entre homem e mulher constituída pelo casamento era considerada família.

Assim, o modelo clássico de família no Código Civil de 1916 é “ um modelo unitário, indissolúvel e transpessoal, caracterizado por ser matrimonializado, patriarcal e hierarquizado.”²⁰ Qualquer relação que se afastasse desse padrão não era considerada relação jurídica e não era reconhecida nem amparada como família.

O modelo de família constituído pelo casamento foi por muito tempo içado à categoria de maior importância perante o Estado, merecendo deste maior atenção em detrimento das pessoas que o integram. O alvo da tutela jurídica não era a pessoa, e sim a instituição constituída pelo casamento.

No último século o direito civil passou por várias mudanças, e assim também o direito de família nele inserido. Acompanhando o desenvolvimento social implementado, as pessoas passam a serem reconhecidas como os verdadeiros sujeitos do direito.

¹⁹ Idem.

²⁰ Idem.

Como sintetiza Pereira²¹:

(...) voltaram-se para uma revalorização da pessoa humana, não em seu aspecto individualista, mas agregando à idéia de sujeito a noção de cidadania. O Direito Civil contemporâneo é marcado por uma “despatrimonialização” e “repersonalização”, representada pela tentativa de superar o sujeito (abstrato) de direito com a “construção do sujeito concreto”.

Muitas modificações foram paulatinamente inseridas no ordenamento jurídico na segunda metade do século XX, seja como resultado da construção jurisprudencial, em que diversas decisões passaram a reconhecer direitos a sujeitos de outras formas de relações familiares não matrimonializadas, seja também pela expressa previsão em diversas leis - como por exemplo, a Lei 4.121, de 22.9.1962 (Estatuto da Mulher Casada), e a Lei nº 6.515, de 26.12.1977 (Lei do Divórcio)- introduzindo profundas alterações no modelo tradicional de família e passando a tutelar outras relações e outros sujeitos antes excluídos pelo próprio modelo familiar (...)

A mudança de paradigma vai gerar um novo conceito de família, mais aberto e real, abandonando as características de família matrimonializada, passando a ser um gênero que comporta várias espécies. É o reconhecimento de que a família não é mais singular e sim plural.

1.3 Família singular e família plural

O Texto Constitucional de 1988 contemplou a ampliação do conceito de família, uma vez que o Estado passou a reconhecer “como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”, e ainda a união estável entre homem e mulher (art. 226). Até então apenas a família constituída pelo casamento era reconhecida pela legislação. Fato comprovado ao analisar-se o conteúdo das constituições.

²¹ Ibid., p. 87.

O relato histórico do jurista Rodrigo da Cunha Pereira demonstra e marca muito bem o desenvolvimento constitucional da família no Brasil:

A primeira constituição do Brasil, outorgada em 1824 pelo Imperador D. Pedro I, não fez nenhuma referência à família ou ao casamento. Tratou apenas, em seu capítulo III (arts. 105 a 115), da família imperial e seu aspecto de dotação. A segunda constituição do Brasil primeira da república (1891) também não dedicou capítulo especial à família. Entretanto, seu art. 72, § 4º, dizia: “A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita”. Esse artigo ficou inserido nesta Constituição em razão da separação Igreja/Estado. A partir do regime republicano, o catolicismo deixou de ser a religião oficial e, com isso, tornou-se necessário mencionar o casamento civil com o vínculo constituinte da família brasileira. Até então era dispensável, pois as famílias constituíam-se pelo vínculo do casamento religioso, que tinha automaticamente efeitos civis, já que não havia a separação dos poderes Igreja/Estado.

A segunda constituição da república (1934) dedicou um capítulo à família, onde em quatro artigos (144 a 147) estabelecia as regras do casamento indissolúvel. Foi, portanto, a partir dessa constituição que, seguindo uma tendência internacional e com as modificações sociais, as Constituições passaram a dedicar capítulos à família e a tratá-la separadamente, dando-lhe maior importância.

As Constituições de 1937, 1946, 1967, 1969 (Emenda n. 1/69), seguindo a mesma linha de pensamento, traziam em seu texto único de que o casamento indissolúvel era a única forma de se constituir uma família.²²

É perceptível que até a Constituição de 1967 (emendada em 1969) há um modelo singular de família, com a expressa imposição pelo Estado do casamento civil. Essa atitude de imposição se dava, por certo, porque outras formas de união contrariavam o interesse do Estado e precisavam ser contrapostas.

Todavia, os movimentos sociais e a revolução dos costumes nas décadas de 60 e 70 inspiraram os constituintes de 1988 a positivar normas considerando a família plural, abandonando o conceito formal e adotando um conceito flexível.

Elegeu-se uma nova tábua de valores que passou a constituir um alicerce na nova ordem constitucional e que irá sustentar o Direito de Família contemporâneo,

²² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Op. cit., p. 9

alterando o conceito de unidade familiar e o papel atribuído às entidades familiares e seus membros.

A família passa a ser reconhecida em outras comunidades afetivas, não constituída pelo casamento, e mesmo comunidades materialmente separadas, desde que mantenham como objetivo a função social a que se destinam.²³

As mudanças de valores irão ressaltar importantes princípios constitucionais, dentre eles: o da pluralidade de formas familiares; da afetividade e da função serviente da família.

O princípio da pluralidade de formas familiares está explicitado nos parágrafos do art. 226 da CR/1988, ao se referir a outras entidades que não se constituem pelo casamento. Retira-se de vez o modelo de família “constituído pelo casamento”, e elege-se como alvo tão-somente a “família”, qualquer que seja ela.

Não há dúvidas sobre a contemplação de duas entidades familiares não constituídas pelo casamento, quais sejam, a união estável de um casal (art. 226, §3º) e a família monoparental, constituída por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226 §4º). Porém, permanece a divergência sobre a inclusão ou exclusão, para efeito de proteção do Estado, de outros tipos não previstos expressamente, como por exemplo, a união homoafetiva.

O princípio da afetividade significa o deslocamento do foco que define o vínculo da constituição da entidade familiar. Anteriormente o que vinculava os casais para a formação da família era a formalidade do casamento. Com a Constituição

²³ PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. Op.cit., p. 87.

Federal de 1988, ao reconhecer outras relações afetivas como entidade familiar, privilegiou-se o vínculo afetivo que liga as pessoas que integram o grupo familiar.

O modelo de unidade familiar, visto como reunião de um homem e uma mulher com seus filhos legítimos, deixa de predominar; e o denominador comum de qualquer núcleo familiar passa a ser o afeto, traduzido na comunhão de vida voltada para o desenvolvimento da personalidade e realização dos seus membros.

A colocação da afetividade como núcleo das relações familiares representa ainda a possibilidade da preservação das famílias, as quais não se “extinguem” com a separação e o divórcio, mas se transformam mantendo a unidade em torno do vínculo afetivo entre os seus membros.

Ainda que o casal não esteja sob o mesmo teto, a família se amplia com as novas uniões, e os filhos advindos das relações anteriormente estabelecidas se integram num novo conceito e maneira de viver, que necessariamente é vinculado ao afeto que desenvolve a personalidade.

Tome-se isso aliado à “função serviente da família”, erigido à qualidade de princípio constitucional pela jurista Sumaya Saady Morhy Pereira, significando que a família “deve ser compreendida inserida no contexto mais amplo das transformações que se operaram em decorrência do papel central que a pessoa humana passou a ocupar no ordenamento jurídico a partir da normativa constitucional.”²⁴

Significa dizer que houve uma mudança de foco, deixando o legislador de valorizar as questões patrimoniais centrando os objetivos do agrupamento familiar na realização da pessoa e sua dignidade. O que traduz a necessidade de respeitar o valor da

²⁴ PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. Op.cit., p. 94.

pessoa na vida interna da comunidade familiar independentemente do papel que ocupa, mas garantido a participação igualitária de todos, seja na condução da vida familiar ou na igual dignidade dos filhos.

1.4 Importância dos avós no contexto da família

Todas as análises traçadas sobre o novo jeito de ser da família, denominada plural, flexível e centralizadas na realização da pessoa, propõem um outro questionamento: a família compreende apenas o núcleo pai, mãe e filhos? Ou se deve ir além, para um conceito que inclua outros membros da família que procedem do mesmo tronco ancestral?

Passa-se então à concepção eudemonista da família, “de acordo com a qual não é mais o indivíduo que existe para a família, mas, ao contrário, a família que existe em função do desenvolvimento pessoal do indivíduo, em busca de sua aspiração à felicidade.”²⁵

O estado de família vai surgir de duas maneiras, a partir de um fato, como o nascimento, ou de um ato jurídico, como a adoção. Ambos com previsão expressa na Constituição no art. 227, § 7º, repetida no art. 1596 do Código Civil de 2002, irão gerar a relação de parentesco em linha reta.

Em outras palavras, a família só ganha esse status a partir da chegada dos filhos. No entanto, não pode desprezar a completude dessa entidade com a presença dos demais membros (bisavós, avós, tios, primos etc).

²⁵ Ibid., p. 92.

Se for dissociado o núcleo central (pais e filhos) como entidade independente, haverá a negação aos filhos do direito à ancestralidade, que é personalíssimo.

Para Caio Mário da Silva Pereira, “os direitos da personalidade são categorias que independe da previsão na ordem positiva e, mais, são inalienáveis, vitalícios, intransmissíveis, extrapatrimoniais, irrenunciáveis, imprescritíveis, e oponíveis *erga omnes*.”²⁶

A personalidade é adquirida ao nascer. É a qualidade de quem é pessoa e é a marca determinante de individualização do sujeito, trazendo como atributos que permitem a identificação precisa da pessoa, sujeito de direito: o nome, o estado, o domicílio, a capacidade e a fama.²⁷

O nome é a maneira como a pessoa é identificada e revela de quem se trata e qual o tronco familiar de onde provém. Simboliza o direito à identidade. Nesta mesma linha, a fama também tem natureza de identificação do sujeito.

O estado é a determinação da vinculação do sujeito ao grupo social e ao grupo familiar no qual está inserido. Segundo NERY, pode-se falar em estado individual, estado familiar e estado político. Nas palavras da jurista:

(...) O primeiro (estado individual) respeita aos traços individuais do sujeito, como a cor, o sexo, a idade, a altura, o peso; o segundo (estado familiar) respeita a situação do sujeito dentro de seu grupo familiar, é filho, neto, pai, avô, cunhado, irmão, tio de alguém. Também o dado é importante para a ciência do direito, principalmente para o sistema de direito de família e das sucessões, que cuidam das relações de parentesco como fenômeno jurídico

²⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Reconhecimento da paternidade e seus efeitos. Rio de Janeiro: Forense, 1997 apud BIRCHAL, Alice de Souza. *A relação processual dos avós no direito de família: direito à busca da ancestralidade, convivência familiar e alimentos*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em: 23 maio 2008.

²⁷ NERY, Rosa Maria. O estado familiar de neto. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, n. 27, p. 221-248, out./dez. 2006.

na máxima importância. O terceiro (estado político) é tema que identifica o sujeito a partir do lugar em que nasceu, ou de sua condição política de nacional, estrangeiro, naturalizado, apátrida.²⁸

Quanto ao domicílio, é o local determinado onde a pessoa pode ser encontrada, sendo de fundamental importância, pois é determinante para a exigência dos direitos e cumprimento das obrigações.

No que se refere à capacidade, trata-se da “capacidade de exercício” própria dos sujeitos de direitos que estão aptos para os atos da vida civil e a maneira de os exercer, podendo o indivíduo tê-la ou não, sendo matéria disciplinada pelo Código Civil.

Importante, na análise dos atributos da personalidade, é o estado familiar da pessoa, no caso, o estado inicial de filho e suas relações com o restante da comunidade familiar.

Não é possível reduzir o grupo familiar a pais e filhos, seja porque seria negar o direito personalíssimo à ancestralidade, seja porque o próprio Código Civil determinou a largueza desse conceito ao enunciar que “são parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras em relação de ascendentes e descendentes” – CCB art. 1591.

Não se pode descurar ainda da história que envolve o grupo familiar, e nesse sentido é valiosa a informação trazida por Pereira²⁹ de que a família não é um grupo natural, mas cultural, não constituída apenas por homem, mulher e filhos. É antes de tudo uma estrutura psíquica onde cada um tem seu lugar e sua função. A família é o

²⁸ Idem.

²⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Op. cit., p. 13.

grupo humano que desempenha o papel primordial na transmissão da cultura. E cita Jacques Lacan que diz:

Se as tradições espirituais, a manutenção dos ritos e dos costumes, a conservação das técnicas e do patrimônio são com elas disputados por outros grupos sociais, a família prevalece na primeira educação, na repressão dos instintos, na aquisição da língua acertadamente chamada de materna. Com isso, ela preside os processos fundamentais do desenvolvimento psíquico, preside esta organização das emoções segundo tipos condicionados pelo meio ambiente, que é base dos sentimentos, segundo shand; mais amplamente, ela transmite estruturas de comportamento e de representação cujo jogo ultrapassa os limites da consciência.³⁰

Assim as relações de parentesco são definidas e positivadas, com reflexos econômicos, sociais e culturais. Qualquer idéia de redução do grupo familiar fica apenas no plano das especulações sobre a conveniência do convívio entre os seus membros.

Nesse diapasão, enfrenta-se a proposição sobre a importância dos avós no contexto da família.

Há poucas décadas a figura dos avós remetia sempre à imagem de uma pessoa idosa, amável, acessível e com disponibilidade de tempo para dar atenção aos netos. Não que ainda não se encontre esse perfil de avós, mas não é menos verdade que a maternidade precoce tem gerado avós jovens, no auge da vida produtiva e com um mínimo de tempo para a família.

Num perfil ou noutro (avós idosos/avós jovens), com muito ou pouco tempo disponível, o certo é que a relação entre avós e netos conduz a uma vivência que faz desses laços algo terno e amistoso. Sobre a afeição dos avós pelos netos, descreve

³⁰ LACAN, Jacques. *Os complexos familiares*. Tradução de Marco Antônio Coutinho Jorge e Potiguara Mendes da Silveira Júnior. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990 apud PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

Edgard de Moura Bittencourt que “é a última etapa das paixões puras do homem. É a maior delícia de viver a velhice”.³¹

Na outra face o que se vê é a relação de pais e filhos, esta sim muito diferente, não desprovida de amor, mas com a obrigação da exigência, do respeito e da submissão tão importante à imposição dos limites educacionais.

As posições de pais e avós na convivência familiar e no desenvolvimento dos filhos/netos parecem antagônicas, todavia é no âmbito das relações afetivas que se estrutura a personalidade da pessoa. E nesse aspecto não existem forças contrapostas, mas um sistema equilibrado, necessário ao completo desenvolvimento humano.

Na esteira de diferenças que se complementam, a presença dos avós traz ainda uma outra vertente importante para a educação dos netos: a garantia do conhecimento da história da família.

Sobre a troca de experiências entre as gerações Moraes, citando Margaret Mead, informa:

(...) as relações entre as gerações constituem o mecanismo básico de transmissão de saberes, costumes e práticas entre os indivíduos. Esse acervo constitui as bases da sociedade. As relações intergeracionais corresponderiam a três modelos (ou culturas): pós-figurativo, co-figurativo e pré-figurativo. A cultura pós-figurativa é aquela em que “as crianças aprendem primordialmente com os mais velhos; a co-figurativa é aquela em que tanto os adultos quanto as crianças aprendem com seus pares, e a pré-figurativa aquela em que os adultos também aprendem com os mais jovens”.³²

³¹ BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Família*. Campinas: Millenium, 2002. p. 208.

³² ALVES, Andréa Moraes. Os idosos, as redes de relações sociais e as relações familiares. In: _____. *Idosos no Brasil: vivências, desafios e expectativas na terceira idade*. NERI, Anita Liberalesso (Org.) São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2007. apud MEAD, M. *Cultura y compromiso o- Estudio de la ruptura generacional*. Barcelona, Gedisa Editorial, 1969/2002.

Pelo exposto, as modalidades de relações geram um crescimento. A contribuição dos avós, ou a denominada cultura pós-figurativa, possibilita o aprendizado das crianças junto aos mais velhos.

A família identifica-se pela comunhão de vida, de amor e de afeto no plano da igualdade, da liberdade, da solidariedade e da responsabilidade recíproca. Só se pode conceber um futuro conhecendo o presente e reconhecendo o passado, ou seja, no plano da família as experiências são de avós, pais, netos e demais familiares que se perpetuarão no Ideal de família eudemonista, aquela que se estrutura sob o espectro da afetividade.

2. A DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL

2.1 Breve incursão histórica sobre o tema no Brasil

Por muito tempo foi preconizada a idéia de eternidade dos vínculos conjugais que determinavam a continuidade das famílias, justamente pelo fato de se atrelar o conceito de família ao de casamento.

Os vínculos extramatrimoniais eram reprovados socialmente e punidos pela lei, e o rompimento da sociedade conjugal significava o desarranjo ou até o fim da família.

O distanciamento entre a realidade factual e a legal desencadeou o processo de alteração das leis. Não havia possibilidade de manutenção dos vínculos conjugais para a consolidação das relações em sociedade.

A primeira codificação civil de 1916 ocorreu numa sociedade conservadora e influenciada pela Igreja, a qual concebia o casamento como instituição sacralizada e o enlace matrimonial como indissolúvel. Assim, a única possibilidade de dissolução prevista pelo legislador foi o desquite, que na verdade não dissolvia o casamento, permanecendo intacto o vínculo conjugal.³³

A criação do desquite, que significa “não quite”, ou seja, em débito com a sociedade, impedia novo casamento, mas não o desenvolvimento de novos vínculos afetivos. O que cessava era a obrigação de fidelidade e da convivência sob o mesmo teto, mas permanecia o encargo alimentar a favor do cônjuge inocente.

³³ DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 268.

Esta situação ensejou uma nova modalidade de convivência, as uniões extramatrimoniais ou relações concubinárias, que deflagraram conflitos que levaram o Judiciário a lhes reconhecer existência e direitos.

A atitude do judiciário ao reconhecer a existência das relações concubinárias abriu o amplo debate sobre a instituição do divórcio. Mesmo numa sociedade caracteristicamente conservadora, com expressa previsão constitucional sobre a indissolubilidade do casamento, foi proposta, em 1977, a Emenda Constitucional n. 9, que introduziu no texto constitucional a possibilidade de dissolução do vínculo matrimonial no Brasil.

Em dezembro de 1977, entrou em vigor a lei 6.515 que disciplinava a separação e o divórcio, enunciando como critério principal o tempo de convivência do casal. Sobre a matéria pronuncia-se Maria Berenice Dias:

Com o advento do divórcio, surgiram duas modalidades de “descasamento”. Primeiro, as pessoas precisavam se separar. Só depois é que podiam converter a separação em divórcio. A dissolução do vínculo conjugal era autorizada uma única vez (LD 38). O divórcio direto era possível exclusivamente em caráter emergencial, tanto que previsto nas disposições finais e transitórias (LD 40). Nitidamente, a intenção era admiti-lo somente para quem já se encontrava separado de fato, quando da emenda da Constituição. Era necessário o atendimento cumulativo de três pressupostos: (a) estarem as partes separadas de fato há cinco anos ; (b) ter esse prazo sido implementado antes da alteração constitucional (28.06.1977); e (c) comprovar a causa da separação. A jurisprudência passou a emprestar interpretação mais extensiva a esse dispositivo legal. Os avanços acabaram levando a Constituição de 1988 a institucionalizar o divórcio direto, perdendo o caráter de excepcionalidade. Houve a redução do prazo de separação para dois anos, e foi afastada a necessidade de identificação de uma causa para a sua concessão (CF 226 § 6º).³⁴

³⁴ Ibid., p. 269.

Dissipado o temor inicial da idéia de que o divórcio acabaria com a família e definitivamente constitucionalizado o direito ao divórcio, restou apenas a limitação imposta acerca da impossibilidade do divórcio direto no momento da decisão do casal pela quebra do vínculo. O legislador constitucional entendeu que o divórcio deve ser precedido da separação, só autorizando a modalidade direta, quando comprovada a separação judicial por um ano ou a fática por mais de dois anos (art. 226, § 6 da CR/88).

Dias critica a posição do legislador pelo não enfrentamento da necessidade de se retirar o instituto da separação judicial do ordenamento pátrio. A autora denomina a atitude como um “conservadorismo atualmente injustificável” e aduz que “é quase um limbo: a pessoa não está mais casada, mas não pode casar de novo. Se, em um primeiro momento, para facilitar a aprovação da Lei do Divórcio, foi útil e quiçá necessária, hoje inexistente razão para mantê-la.”³⁵

Todavia a sociedade está caminhando para a retirada da ação intervencionista do Estado nas relações e vínculos afetivos. Prova disso é a edição da lei 11.441 de 04 de janeiro de 2007, que, acrescentando o art. 1.124-A ao Código de Processo Civil, criou a possibilidade de fazer a separação judicial e o divórcio consensual por meio de escritura pública no tabelionato, desde que haja o pleno consenso entre os cônjuges e não existam filhos menores ou incapazes envolvidos.

³⁵ Idem.

2.2 Conseqüências da dissolução da sociedade conjugal quanto aos filhos

Positivadas as possibilidades de dissolução do casamento, é necessário atentar-se para as situações advindas da quebra do vínculo no seio da família, principalmente para os filhos.

É inegável que a separação do casal é sempre um momento de crise e de mudanças que abalam a dinâmica emocional dos envolvidos. As angústias e incertezas são as mais variadas: como contar aos filhos, como dividir os bens, como estabelecer as formas de visitas, como conciliar a convivência entre os pais separados e os filhos, como direcionar a educação dos filhos, entre tantas outras.

Todas as incertezas geram conflitos porque as soluções nem sempre são de consenso do casal. Os psicólogos explicam que a separação é um processo diferente em cada ser humano. A psicóloga Lidia Rosalina Folgueira Castro se posiciona da seguinte maneira:

Sem desmerecer aqueles estudos, muito úteis, que falam do sofrimento comum a todos os seres humanos na hora da separação, a questão que levantamos é a seguinte: por que para alguns a separação, apesar de todas as dificuldades, não é tão desestruturante ou dramática? Por que para alguns ex-casais é tão comum encontrarem-se após a separação, continuarem até amigos, conversarem sobre os filhos, enquanto para outros isto é uma utopia e as conversas devem ser estabelecidas sempre via advogados? Realmente existe a separação e existem também pessoas que se separam. (...) É importante que se compreenda que a separação, embora seja um momento sempre muito difícil, não se dá da mesma forma e pelas mesmas razões para todos os indivíduos. Há desde aqueles que se separam porque não têm maturidade para enfrentar as limitações e desafios que um casamento impõe até aqueles que se separam justamente porque conseguiram o mínimo de diferenciação e evolução afetiva, quer para buscar a felicidade, quer para fugir de uma infelicidade insuportável vivida no casamento.³⁶

³⁶ CASTRO, Lídia Rosalina Folgueira. *Disputa de Guarda e visitas: no interesse dos pais ou dos filhos?* São Paulo: Casa do Psicólogo, 2003. p. 51.

Sejam quais forem as razões de uma separação ou o momento emocional em que se encontre qualquer dos cônjuges, a única certeza é de que não há um processo de separação que envolva filhos que não traga em si uma carga de dor e sofrimento.

No ideário dos filhos os pais devem estar sempre juntos. É a comunidade afetiva ideal que traz segurança, apoio e proteção. Estas características são indispensáveis para o crescimento e desenvolvimento integral das crianças e adolescentes.

A ruptura do vínculo conjugal muitas vezes traz junto a omissão injustificada de um ou ambos os pais no provimento das necessidades físicas e emocionais dos filhos, trazendo-lhes a sensação de abandono e desprezo. Esse sentimento gerado nos filhos tem conseqüências desastrosas, às vezes sequer percebidas pelos pais.

Rolf Madaleno³⁷ informa que a privação do afeto aos filhos tem propiciado o sentimento jurisprudencial e doutrinário de proteção e reparo ao dano psíquico causado na formação da personalidade da pessoa; e que essa preocupação já é mundial e centralizada na família, considerada o núcleo de proteção e compreensão dos filhos e principal responsável por estruturar e moldar o desenvolvimento psíquico da criança.

Crianças e adolescentes são negligenciados no momento da separação de tal forma que muitas vezes são apenas comunicados da decisão dos pais e não são ouvidos em suas aflições, quando não são responsabilizados pela falência do casamento.

³⁷ MADALENO, Rolf. O preço do afeto. In: _____. *A ética da Convivência Familiar*. PEREIRA, Tânia da Silva e PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 151.

Os cônjuges no processo de separação se esquecem da sua função parental tão necessária à formação moral e intelectual da sua prole e deixam de esclarecer aos filhos que o fim do casamento não significa a ruptura dos vínculos socioafetivos da família.

Madaleno assim se pronuncia:

O amor que molda a estrutura psíquica da prole é construído no cotidiano dos relacionamentos, e é particularmente favorecido pela unidade afetiva dos pais, sabendo-se que a separação gera para os filhos dolorosas mudanças com a repentina perda do convívio na mesma habitação; isto quando os próprios irmãos não são separados, e novas figuras assumem o lugar do genitor na reconstrução afetiva dos pais.

Depara a descendência com uma significativa modificação de seus hábitos e rotinas, tendo sido alterado o foco dos seus primitivos cuidados e interesses. Também sofrem os filhos o refluxo de seu padrão de vida, que decai pela redução dos recursos do guardião, e conduz, pela dependência alimentar, para uma constante expectativa quanto ao seu regular suprimento. Assim como gera na criança e no adolescente de pais separados uma necessidade maior de supressão das suas carências, que igualmente surge durante o seu desenvolvimento emocional, sobretudo quando o filho da separação ainda carrega o falso sentimento de ter sido o responsável pela separação dos pais.

E justamente por conta das separações e ressentimentos que remanescem na ruptura da sociedade conjugal, não é nada incomum deparar com casais apartados, usando os filhos como *moeda de troca*, agindo na contramão de sua função parental e pouco se importando com os nefastos efeitos de suas ausências; suas omissões e propositadas inadimplências dos seus deveres.³⁸

No momento em que são deflagrados os atos da separação, são necessários cuidado e atenção com os filhos, para assegurar a estabilidade da convivência familiar tão importante ao desenvolvimento integral das crianças e adolescentes.

Em contrapartida, não se pode olvidar que embora a separação/divórcio dos cônjuges esteja associada a conseqüências negativas para os membros envolvidos, muitas famílias são beneficiadas com a transição, sobretudo aquelas em que imperava a

³⁸ Ibid., p. 152.

violência física e/ou verbal entre seus membros. A separação ou o divórcio pode se tornar justamente a possibilidade de resgatar ou promover a saúde do sistema familiar.

Se benéfica ou maléfica, a separação, em qualquer das suas formas, requer um apoio e acompanhamento de toda a família no que diz respeito aos filhos.

2.3 Importância dos avós no processo de dissolução da sociedade conjugal

A dissolução da sociedade conjugal por quaisquer das vias, separação ou divórcio, é cada vez mais freqüente no cenário nacional. Os dados estatísticos dão conta do aumento exagerado dos números nas duas últimas décadas³⁹.

Assim, as dissoluções dos casamentos estão fazendo cada vez mais parte do cotidiano das famílias.

As repercussões emocionais alcançam a todos os componentes indistintamente. Os avós, por sua vez, também são influenciados, tendo em vista que uma das partes envolvidas é o seu filho ou a sua filha.

Mas, também, é provável que no momento em que acontece o rompimento conjugal, os avós estejam numa fase de maior estabilidade, podendo prestar assistência emocional e até material a seus filhos, ex-genros/noras e netos, desempenhando um papel atuante e essencial.

³⁹ IBGE – o número de separações judiciais e divórcios vem aumentando gradativamente. De 1993 a 2003, o volume de separações subiu de 87 885 para 103 529 e o de divórcios de 94 896 para 138 676 (ou 17,8% e 44%, respectivamente). Informação disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias>>. Acesso em: 30 jul. 2008.

Importante considerar que, ainda que seja dada ênfase aos benefícios que os avós podem trazer ao desenvolvimento dos seus netos, a influência é recíproca. A relação das duas gerações é mutuamente relevante.

A psicologia explica a importância da convivência dos avós para as famílias que estejam vivenciando o processo de separação. Há mais de uma corrente de entendimento sobre o assunto, dentre elas se destacam a Teoria do Ciclo Vital da Família e a Teoria Geral dos Sistemas.

De acordo com a pesquisa sobre o papel dos avós na separação/divórcio, realizada pelas pesquisadoras Mayeve Rochane Gerônimo Leite Araújo e Cristina Maria de Souza Brito Dias:

(...) a Teoria do Ciclo Vital da Família afirma que o divórcio apresenta-se como o maior rompimento do ciclo de vida da família, acarretando um aumento nas tarefas desenvolvimentais que a mesma está vivenciando. Neste processo, há uma interrupção do ciclo de vida familiar normal e a tomada de uma nova direção, o que implica uma necessidade de reformulação de regras de funcionamento da família e o desenvolvimento de novas capacidades adaptativas nos papéis que cada membro desenvolve no contexto dos novos subsistemas familiares que se formam.

Não raro, o casal e seus filhos encontram-se despreparados para o impacto físico e emocional deste rompimento. Sendo assim, cada fase seguinte do ciclo de vida fica afetado pelo divórcio. Todavia, se a família for capaz de negociar a crise e as transições que necessitam ser vivenciadas a fim de reestabilizar-se, ela, então, terá estabelecido um sistema mais fluido que irá permitir a continuidade do processo de desenvolvimento familiar normal.

(...) a Teoria Geral dos Sistemas, cujo precursor foi Ludwing Von Bertalanffy. (...) a mudança em uma parte do sistema afeta a unidade inteira. Por isto, outros membros da família, além das díades imediatas pais-filhos, também podem ser influenciados pelo divórcio.

Após os cônjuges e seus filhos, os avós são considerados os parentes que mais tendem a sofrer as conseqüências desfavoráveis desse rompimento, uma vez que se verifica, normalmente, seu envolvimento neste momento delicado que seu filho ou filha está passando.⁴⁰

⁴⁰ ARAÚJO, Mayeve Rochane Gerônimo Leite e BRITO, Cristina Maria de Souza Dias. *Papel dos avós: apoio oferecido aos netos antes e após situações de separação/divórcio dos pais*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/epsic/v7n1/10957.pdf>>. Acesso em: 30 maio 2008.

A pesquisa utilizou-se das duas teorias para analisar a presença dos avós no momento da separação dos casais, e o resultado foi pela positividade dessa presença, na aproximação, com atitudes como telefonar, dar conselhos e transmitir informações sobre a família, o que gerou um apoio emocional significativo.

Ressalta-se, no entanto, a conclusão da pesquisa no sentido de asseverar que quando da separação ou divórcio ficou demonstrada a dificuldade em relação à visita dos avós aos netos e destes aos avós, tendo como principais motivos os conflitos não resolvidos e as dificuldades de renegociar os relacionamentos.

A questão das visitas está ligada intrinsecamente à custódia das crianças e adolescentes. Comumente a guarda fica com as mães, e possivelmente isto facilita mais o contato de seus filhos com os pais dela. Em consequência, a proximidade dos pais maternos conduz a uma possibilidade maior de efetivação das visitas destes. Por outro lado, os avós paternos, provavelmente, terão mais dificuldade ao acesso de seus netos.

Tudo dependerá da forma de determinação da guarda e visitas do cônjuge separado que não detém a custódia dos filhos. Essa determinação, por sua vez, leva em conta a situação em concreto da separação do casal, as condições sociais, patrimoniais e psicológicas dos cônjuges.

Para uma melhor compreensão, é necessária uma análise mais detida dos institutos da guarda e visita, o que se passará à análise.

3. OS INSTITUTOS DA GUARDA E DO DIREITO DE VISITA

3.1 Breves considerações sobre o tema

A família transformada pela separação conjugal enfrenta um dos maiores conflitos no que concerne às decisões relacionadas à convivência com os filhos.

Para solução desses conflitos, não raramente, são os tribunais que têm a última palavra e para isso se utilizam dos pareceres e laudos de todas as áreas: representantes do Ministério Público, Psicólogos, Assistentes Sociais e Juízes.

O judiciário, portanto, irá se pronunciar com decisões que oscilam entre arranjos tradicionais de guarda e visitas até disposições sem embasamento técnico-psicológico, com conclusões muitas vezes criticadas, como, por exemplo, quando são enunciadas afirmações do tipo: “por ser o menor criança pequena de três anos, não pode pernoitar com o pai!” Questiona a psicanalista e terapeuta de família, Eliana Riberti Nazareth, “de onde tiram esse tipo de conclusão?”⁴¹

O certo nesses casos é que tanto os envolvidos como partes, ou os envolvidos com o poder de opinião e decisão, em sua maioria, também são pais. Nazareth, sob esse prisma, concluiu que as mudanças no desempenho das funções e dos papéis materno e paterno têm ocorrido com uma rapidez incompatível com a capacidade de absorção psíquica do ser humano e acabam por provocar muita confusão e desnorreamento em todos os envolvidos.

O art. 1.632 do Código Civil Brasileiro enuncia que “a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos,

⁴¹ NAZARETH, Eliana Riberti. Guarda ou Responsabilidade Parental? Direito de visitas ou direito à convivência? O não dito. In: _____. *A Ética da Convivência Familiar*. PEREIRA, Tânia da Silva e PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). Rio de Janeiro: Forense, 2006.

senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos”.

Numa primeira análise do mencionado artigo, tudo parece muito simplificado. No entanto, a decisão acerca da guarda e visitas será sempre dependente da modalidade do processo em questão.

Se a ação de separação judicial for litigiosa, o pedido de guarda dos filhos do casal, menores ou maiores incapazes, depende da procedência da ação. Se a sentença rejeitar a pretensão do autor, e não for decretada a separação, somente em ação própria é que se poderá tratar da guarda.

No caso de dissolução da sociedade conjugal pela separação judicial por mútuo consentimento ou pelo divórcio direto consensual, será observado o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos e o regime de visitas, conforme dispõe o art. 1.583 do Código Civil, em sintonia com o art. 1.121, II, do CPC.

Se decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, o juiz atribuirá a guarda a quem revelar melhores condições para exercê-la. Inovou o Código Civil de 2002 em relação ao Código Civil de 1916 que atrelava a guarda do filho à causa culposa ou não da separação.

Ultrapassadas as diferentes situações enunciadas, foi ressalvado no art. 1.586 do Código Civil que “havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos antecedentes a situação deles para com os pais”. Nesse caso, o juiz irá se valer das situações em concreto, e a partir da sua convicção, decidir o caso.

Sobre o aspecto em comento, assim entende Yussef Said Cahali:

O provimento judicial a se expedir funda-se precipuamente na análise de cada caso, em concreto. Em condições tais, não discrepa do espírito da lei a decisão que, em razão das circunstâncias de fato, determina a distribuição dos filhos menores entre os genitores culpados. Mas, sendo inocente um dos cônjuges, recomenda-se lhe sejam entregues os filhos do casal, pois “não convém a separação dos filhos, mediante a concessão de suas guardas a cada um dos genitores”.

Sofre restrições, contudo, pela jurisprudência, a chamada “custódia alternada”. É inconveniente à boa formação da personalidade do filho ficar submetido à guarda dos pais, separados, durante a semana, alternadamente; e se estes não sofrem restrições de ordem moral, os filhos, principalmente durante a infância, devem permanecer com a mãe, por razões óbvias, garantindo ao pai, que concorrerá para as suas despesas dentro do princípio necessidade-possibilidade, o direito de visita. Em casos tais, aliás, para a acomodação dos interesses de todos, poderia ser ampliado o direito de visita, com possibilidade de retirada periódica do filho que se encontra na guarda do outro.⁴²

Outra situação a ser considerada é quando o juiz entende que não devem os filhos permanecer sob a guarda de qualquer dos pais, e nesse caso enuncia o art. 1584, parágrafo único, do Código Civil, que o juiz deferirá a sua guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade, de acordo com a *lei específica*.

Cahali⁴³ entende que a lei específica mencionada no texto é o Estatuto da Criança e do Adolescente, que disciplina o instituto da guarda em seus arts. 33 a 35. Porém, seja qual for a fundamentação legal, se o Código Civil ou o Estatuto da Criança e do Adolescente, não se pode negar o caráter extremo da medida.

Dessa forma, se o magistrado entender que os pais não têm condições de exercer a guarda dos filhos, poderá deferi-la a qualquer pessoa idônea da família de qualquer dos cônjuges, ficando claro que não há preferência entre a família paterna ou

⁴² CAHALI, Yisef Said. *Divórcio e Separação*. 11. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002- São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 879.

⁴³ Idem.

materna, mas levando em consideração o grau de parentesco e o nível de relacionamento entre o filho (menor ou maior incapaz) e a pessoa da família.

Para Silvio Neves Baptista, a tendência dos Tribunais é fazer recair a escolha na pessoa dos avós, e conforme já enunciava Bittencourt: “Normalmente, o carinho dos avós pelos netos resolve a situação da guarda que não possa ou não convenha manter-se com um dos progenitores”.⁴⁴

Na concepção moderna a guarda constitui um dos deveres integrantes do Poder Familiar, não como prerrogativa dos pais, e sim como dever em relação aos filhos e bem-estar destes, para dirigir-lhes a educação, administrar-lhes os bens, orientar nas escolhas e, sobretudo, dentro do conceito da proteção integral.

Quanto à visita, a lei confere-a ao genitor que não tem a guarda. A visita pressupõe que visitador e visitado não estão numa situação de presença permanente.

Baptista,⁴⁵ ao abordar o assunto, critica a doutrina brasileira que, segundo ele, vem estudando a guarda e a visita como se fossem direitos contrapostos ou correlatos de ambos os pais em relação aos filhos. O mencionado autor conclui que essa é uma visão equivocada do fenômeno, pois se a guarda é poder-dever dos pais e tem como beneficiário o filho, “a visita é um direito de personalidade do filho de ser visitado não só pelos pais, como por qualquer pessoa que lhe tenha afeto”.

⁴⁴ BAPTISTA, Silvio Neves. Guarda e Direito de Visita. In: *Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte. IBDFAM: OAB-MG: Del Rey, 2000. p. 289.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 286.

Para melhor compreensão dos institutos jurídicos⁴⁶ da guarda e do direito de visita, especialmente no direito de família, passa-se à análise dos temas buscando elementos relacionados com as perspectivas a serem consideradas, dentro do objetivo desta pesquisa, para se alcançar uma noção mais profunda sobre os mesmos.

3.2 O poder familiar

O Código Civil (lei 10406/2002) inovou na denominação antes dada pelo Código de 1916 de “pátrio poder” para o agora intitulado “poder familiar”. Entretanto, as modificações conceituais não alteraram a essência, tendo sido um avanço apenas no sentido de compreender que o poder familiar cabe a ambos os pais, adaptando-se aos ditames da Constituição Federal de 1988.

O poder familiar traduz-se assim como a obrigação dos pais em educar, amparar, defender, guardar e cuidar dos interesses dos seus filhos.

Waldyr Grisard Filho sintetiza os vários conceitos elaborados ao longo do tempo pelos juristas para o antes denominado pátrio poder, atual poder familiar, da seguinte forma:

Lafayette Rodrigues Pereira, em seu clássico Direitos de família, escrito em tempos pré-republicanos, propõe o seguinte conceito: “O pátrio poder é o todo que resulta do conjunto dos diversos direitos que a lei concede ao pai sobre a pessoa e bens do filho famílias”. Não escapou também ao seu espírito e à sua cultura a noção filosófica do instituto em questão, lamentando não ter sido essa a compreensão do direito positivo: “No decurso da menoridade falece ao ente humano a capacidade indispensável para prover as suas necessidades e reger sua pessoa e bens. É mister que alguém tome o infante sob sua proteção, que o alimente, que cultive os germens que lhe brotam no espírito; que em uma palavra, o eduque, e zele e defenda seus interesses. Esta nobre missão a natureza confirmou-a ao pai e à mãe. Pressupõe ele tanto em um como em outro, certos direitos sobre a

⁴⁶ A nomenclatura instituto jurídico deve ser compreendida como o “complexo das normas que contêm a disciplina jurídica de uma dada relação jurídica em sentido abstracto”. ANDRADE, Manoel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica: Sujeito e Objeto*. Coimbra: Almedina, 1992. p. 5.

pessoa e bens do filho. Estes direitos em seu complexo constituem o que se chama pátrio poder.”

No mesmo sentido, Clóvis Beviláqua conceitua o instituto como sendo “o complexo dos direitos que a lei confere ao pai, sobre a pessoa e os bens dos filhos”, repetindo o que já externara em outra obra de edição precedente (Direito de família), sem correspondência com a realidade, mas, certamente, à vista da inquebrantável soberania do chefe de família, que reconhecia ser de “uma amplitude que se nos afigura hoje odiosa [...], tendo mais em vista o egoísmo dos chefes da sociedade doméstica, do que o benéfico altruísmo em arrimo à debilidade dos filhos”.⁴⁷

Ainda que os conceitos acima enunciados sobre o “pátrio poder” estejam marcados pela ausência na abordagem do seu exercício também pela mãe, é certo que ampliando-os nesse sentido, os doutrinadores citados por Grizard Filho traduzem exatamente o que significa o poder familiar:

o complexo de direitos e deveres concernentes ao pai e à mãe, fundado no direito natural, confirmado pelo direito positivo e direcionado ao interesse da família e do filho menor não emancipado, que incide sobre a pessoa e o patrimônio deste filho e serve como meio para manter, proteger e educar.”⁴⁸

Importante destacar que autores como Eduardo de Oliveira Leite já vinham discordando da utilização da nomenclatura “pátrio poder”, mais especificamente o termo “poder”, preferindo a expressão “autoridade parental” e, assim, expressou Leite que prefere:

O termo “utoridade parental” ao termo “pátrio poder”, de conotação romana e que privilegia a “potestas” masculina, inadmissível no atual estágio de evolução do Direito brasileiro. Na realidade, hoje é unânime o entendimento de que o pátrio poder é muito mais pátrio dever, mas não só “pátrio”, na ótica do constituinte de 1988, mas sim “parental”, isto é, dos pais, do marido e da mulher, iguados em direitos e deveres, pelo art. 226, par. 5.º, da nova Constituição.”⁴⁹

⁴⁷ Grizard Filho, Waldyr. *Guarda Compartilhada*. 2. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 27-28

⁴⁸ *Ibid.*, p. 29.

⁴⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias Monoparentais*. São Paulo: RT, 2003. p. 194 (nota 21).

No entanto, numa ou noutra nomenclatura, o que importa é que hoje o denominado poder familiar se afigura mais a um “dever” dos genitores do que a um “direito” destes, tendo em vista o superior interesse das crianças e adolescentes que se traduz na responsabilidade dos pais.

Assim, a guarda dos filhos, em princípio, é sempre dos progenitores. Se os pais, ainda que momentaneamente, não tenham condições de exercê-la, caracterizada a situação excepcional, não há dúvida de que será deferida a outros familiares que se mostrem aptos para tal; sendo observado o superior interesse da prole, muito bem traduzido na adoção do princípio do melhor interesse de crianças e adolescentes.

3.3 O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

Para tratar do princípio do melhor interesse da criança e adolescente é necessária uma abordagem sobre a doutrina da proteção integral.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, mesmo não tratando especificamente sobre a doutrina da proteção integral ou mesmo da proteção especial à crianças e adolescente, reconheceu que a infância tem direito a cuidados e assistência especiais e que todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozam da mesma proteção social (art. XXV, 2). Esse reconhecimento deflagrou uma nova vertente dos direitos humanos voltados para a proteção da infância e em 1959 se concretizou com a Declaração Universal dos Direitos da Criança e com outros pactos

internacionais, como por exemplo, a Convenção Americana de Direitos Humanos, mais conhecida como o Pacto de San José.

As reiteradas disposições em Tratados e Convenções sobre a proteção aos infantes ensejaram, em 1989, a realização da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, a qual consagrou a doutrina da proteção integral, cujo objetivo, informa o seu preâmbulo, é efetivar a proteção especial à criança.

Como informa Heloisa Helena Barboza:

Desse modo, foram reconhecidos no âmbito internacional direitos próprios da criança, que deixou de ocupar o papel de apenas parte integrante do complexo familiar para ser mais um membro individualizado da família humana que, em virtude de sua falta de maturidade física e mental, necessita de proteção e cuidados especiais, inclusive da devida proteção legal, tanto antes quanto após seu nascimento.

Nessa linha, passa a criança a ter direito à vida, a um nome, à nacionalidade, a preservar sua identidade, à liberdade de expressão e opinião [...] à liberdade de pensamento, consciência, de crença, de associação; enfim, tem reconhecida a dignidade inerente e os direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana.⁵⁰

O Brasil, signatário da Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959, e, tendo ratificado a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança em 1990, adotou a doutrina da proteção integral desde a promulgação da Constituição Federal de 1988.

A antecedência na adoção dessa doutrina, como informa Tânia da Silva Pereira, justifica-se no fato de que suas bases, no Brasil, remontam à década de 80, quando houve um movimento de mobilização marcado por intenso debate sobre os

⁵⁰ BARBOZA, Heloisa Helena. O Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. *In: Anais do II Congresso de Direito de Família – A Família na Travessia do Milênio*. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). Belo Horizonte: IBDFAM: OAB-MG: Del Rey, 2000. p. 203.

diversos aspectos da proteção da infanto-adolescência.⁵¹ Assim, o enunciado em sede constitucional precedeu a entrada em vigor da própria Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança de 1989. Mas há que se levar em consideração também que os debates internacionais se estenderam por dez anos, o que influenciou as discussões também por aqui.

No texto constitucional, art. 227, a proteção de crianças e adolescentes não é mais obrigação exclusiva da família e do Estado, é antes de tudo um dever social.

Como bem sintetiza Pereira:

As crianças e os adolescentes devem ser protegidos em razão de serem pessoas em condição peculiar de desenvolvimento. Os direitos fundamentais da infância estão consolidados no artigo 227 da Constituição Federal, sendo dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com prioridade absoluta, o direito “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”. Reconhecido como manifestações positivas do Direito, produzem efeitos no plano jurídico, sendo, outrossim, considerados como princípios que orientam a forma sob a qual o Estado deve organizar-se, fixando princípios e linhas gerais para guiar a vida em sociedade com fins de promover o bem-estar individual e coletivo de seus integrantes. Declarados nas constituições modernas, eles não se confundem com outros direitos assegurados ou protegidos.⁵²

Nesse novo contexto legislativo, crianças e adolescentes passaram a ser “sujeitos de direitos”, deixaram de ser tratados como objeto passivo e, como os adultos, tornaram-se titulares de direitos juridicamente protegidos.⁵³

⁵¹ PEREIRA, Tânia da Silva. O Princípio do melhor interesse da criança: da teoria à prática. In: *Anais do II Congresso de Direito de Família – A Família na Travessia do Milênio*, PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). Belo Horizonte: IBDFAM: OAB-MG: Del Rey, 2000. p. 220.

⁵² *Ibid.*, p. 221.

⁵³ *Idem.*

Ao tratar do tema Garcez⁵⁴ informa que as relações típicas envolvendo crianças e adolescentes são as mesmas do antigo Código de Menores, estabelecendo-se entre os “incapazes por defeito de idade”⁵⁵ e seus pais ou quem os estejam substituindo.

Explica ainda o mencionado autor:

Nessa relação jurídica, o sujeito ativo é a criança, ou o adolescente ou o menor de vinte e um anos de idade, a quem se deve a assistência e também a representação jurídica de seus direitos; sujeito passivo é o responsável: pai e mãe (ou um deles somente, na falta do outro); os detentores da guarda, tutores ou administradores ou os responsáveis por instituição privada ou pública, assim reconhecidos pelo Juiz da infância e da Juventude. O objeto dessa relação jurídica é justamente a assistência, proteção e representação jurídica devidas pelos seus responsáveis legais.⁵⁶

O que houve então foi a adoção em sede constitucional da doutrina da proteção integral, reafirmando *o princípio do melhor interesse da criança* já existente na legislação brasileira, especificamente no art. 5º do Código de Menores (Lei 6.697/79) que assim dispunha: “Na aplicação desta lei, a proteção aos interesses do menor sobrelevará qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado”.

Antes da Constituição Federal de 1988, *o princípio do melhor interesse da criança* já orientava a solução dos conflitos envolvendo os infantes, e Barboza traz a notícia histórica ao afirmar que:

A idéia de bem-estar do menor e prioridade de seus interesses prevaleceu e de fato impregnou-se em nosso ordenamento, tendo imediato e eficaz reflexo nas questões relativas à guarda de crianças.

A jurisprudência, efetivamente, caminhava para que se desse, em qualquer caso, a prevalência do *bem do menor*, condicionando-se a decisão da guarda ao interesse dos filhos, citando *Cahali* julgado de 1959, segundo o qual “nas questões referente a menores, o que se deve ter em vista é exclusivamente o interesse deles”.⁵⁷

⁵⁴ GARCEZ, Sérgio Matheus. *O Novo Direito da Criança e do Adolescente*. São Paulo: E.V. 1994. p. 53.

⁵⁵ “Incapazes por defeito de idade”, segundo Sérgio Matheus Garcez, são as crianças e adolescentes menores de vinte um anos de idade, o que após a entrada em vigor do Novo Código Civil (Lei 10.406/2002) pode ser entendido como os menores de 18 (dezoito) anos.

⁵⁶ Idem.

⁵⁷ BARBOZA, Heloisa Helena. Op. cit., p. 206.

Portanto a legislação brasileira reafirmou o *princípio do melhor interesse da criança e adolescente*, tanto ao adotar a doutrina da proteção integral na seara constitucional, quanto ao editar, em 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069) após a entrada em vigor da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, da qual também é signatário.

Há notícias de que os juristas considerados “menoristas” criticam o Estatuto da Criança e do Adolescente no sentido de que teria abandonado o princípio do melhor interesse da criança. Barboza, porém, refuta esta idéia afirmando que “ao contrário, em lugar da cláusula genérica – bem-estar – e em lugar dos *interesses* foram expressos os *direitos* da criança e do adolescente em sede constitucional (art. 227 da CF)”; e a fórmula foi repetida nos arts 4º e 5º do Estatuto. Portanto, sob essa ótica, o princípio foi mantido e sob melhor formulação.⁵⁸

A mencionada autora conclui e sintetiza a idéia enunciando:

Indispensável, porém, insistir que, não obstante a aplicação alargada que a jurisprudência vinha dando à prevalência dos “interesses do menor” em qualquer caso, embora confinado na letra do artigo 5º do Código de Menores aos “menores em situação irregular”, após a Constituição de 1988 o princípio do melhor interesse da criança passou a ser de observância obrigatória, com caráter de prioridade absoluta, em *toda* questão que envolva *qualquer* criança ou adolescente, e não apenas aqueles indicados pela lei, anteriormente considerados em situação irregular, já que todos, indiscriminadamente, têm iguais direitos.⁵⁹

Dessa maneira, a apreciação de toda e qualquer situação conflituosa envolvendo crianças e adolescentes levará em consideração que eles são sujeitos ativos de direitos, e serão resguardados, em caráter prioritário, os seus interesses.

⁵⁸ Idem.

⁵⁹ Idem.

No que é pertinente ao objeto desse estudo, no momento da dissolução da sociedade conjugal em qualquer das suas modalidades, ao ser decidido sobre a *guarda* e o *direito de visita*, o centro das decisões é a prole que se encontra sob o poder familiar.

3.4 Considerações sobre o instituto da guarda

A guarda como um instituto jurídico pode ser compreendida com outros institutos como o poder familiar e a tutela, ou ainda, de forma isolada, conservando seu caráter protetivo, destinado àquele que dela necessita.

Silvana Maria Carbonera, ao analisar as diversas conceituações desse instituto, inicia por definir o vocábulo “guarda” e assim se manifesta:

(...) propõe-se um exercício livre de reflexão, que tem início com o exame de algumas expressões como guarda, guardião, guardar e olhar, onde será possível observar alguns aspectos relevantes que integram seu conteúdo jurídico.

Guarda tem como conteúdo geral o ato ou efeito de guardar, vigilância, cuidado, proteção e amparo. “Dentro da linguagem comum, ter alguém sob a guarda representa zelar por ela, estar na companhia e sob os seus cuidados.”

Sua concretização se dá por meio de uma pessoa, um guardião que, sempre alerta, atuará para evitar qualquer dano. Tem como função a responsabilidade de manter a “coisa” intacta e, caso não logre êxito em sua atividade, responderá pelo descumprimento de seu papel.

(...) Desta forma, guardar significa colocar em lugar seguro e tomar todos os cuidados para que nada aconteça pois o “objeto” tem valor e não pode sofrer qualquer avaria ou defesa.

(...) O ato de guardar indica que quem, ou o que, se guarda está dotado, pelo menos, de duas características básicas: preciosidade e fragilidade. É a existência de um valor que provoca nas pessoas a percepção da vontade de pôr a salvo de estranhos o que tem sob sua guarda, com a intenção de não correr risco de perda.

Já a fragilidade revela a fortaleza do guardião: o mais forte, portador de mais recursos, torna-se responsável pelo mais fraco e cerca-o de proteção e cuidados, zelando para que nada de ordinário lhe aconteça.⁶⁰

⁶⁰ CARBONERA, Silvana Maria. *Guarda de filhos*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2000. p. 42-44.

Diante do significado do vocábulo “guarda”, percebe-se a riqueza de conteúdo do instituto que, aplicado a crianças e adolescentes, traz como prioridade a proteção geral destas e o atendimento dos seus interesses, “em razão da condição específica de pessoa em desenvolvimento que estão a necessitar de proteção especializada, diferenciada e integral.”⁶¹

A guarda de crianças e adolescentes pode se dar de várias maneiras e depende da situação em que se encontrem. É matéria disciplinada pelo Código Civil e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, ora sob a apreciação do Juízo de Família, ora do Juízo da Infância e da Juventude, sendo importante verificar se trata de relações paterno-filiais ou de violação ou ameaça de direitos da criança ou adolescente.

Como informa Giovane Serra Azul Guimarães:

Não é, pois, o fato de haver disputa entre os pais pela guarda do filho, que determinará a competência do Juízo da Família para tratar do caso. Limitando-se a questão à disputa propriamente dita e a fatos que não importem violação dos direitos fundamentais da criança ou do adolescente definidos no Estatuto, a competência será deste juízo. Contudo, se houver discussão de questões que importem violação dos referidos direitos fundamentais, a competência será da Justiça da Infância e da Juventude, independentemente de haver ou não disputa entre os pais pela guarda dos filhos, nos termos dos arts. 98 e 148, parágrafo único, letras a e b do referido Diploma Legal.⁶²

Ainda que a matéria sobre a guarda tenha um considerável alcance, o exame neste trabalho é restrito às relações paterno-filiais, na perspectiva do direito de família, compreendida como “um instituto jurídico através do qual se atribui a uma pessoa, o guardião, um complexo de direitos e deveres, a serem exercidos com o objetivo de

⁶¹ VERONESE, Josiane Rose Petry. *Temas de Direito da criança e do adolescente*. São Paulo: LTr, 1997. p. 15.

⁶² GUIMARÃES, Giovane Serra Azul. *Adoção, Tutela e Guarda*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 16.

proteger e prover as necessidades de desenvolvimento de outra que dele necessite, colocada sob sua responsabilidade em virtude de lei ou decisão judicial.”⁶³

A verificação que interessa então é aquela que envolve o poder familiar e seu exercício.

Como dito alhures, o poder familiar traduz-se como a obrigação dos pais em educar, amparar, defender, guardar e cuidar dos interesses dos seus filhos. A guarda, portanto, é um poder-dever dos pais em relação à prole. Ela é exercida conjuntamente pelos pais na vigência da união (casamento ou união estável); por um ou por outro cônjuge no caso de dissolução da sociedade conjugal (seja por consenso entre as partes ou por determinação judicial); e ainda pode ser confiada a terceiros, parentes ou não dos genitores, se verificado que há motivos graves a sugerir essa alternativa a bem do menor.

Há ainda a recém-criada guarda compartilhada que se traduz na possibilidade dos filhos de pais separados serem assistidos por ambos os pais. “Nela, os pais têm efetiva e equivalente autoridade legal para tomar decisões importantes quanto ao bem-estar de seus filhos e freqüentemente têm uma paridade maior no cuidado a eles do que os pais com guarda única”.⁶⁴

⁶³ Idem.

⁶⁴ NICK, Sérgio Eduardo. Guarda Compartilhada: um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados. In: Barreto, Vicente (Coord.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 135.

3.4.1 Guarda única e seus efeitos nas relações familiares

A relevância da guarda neste estudo é especificamente aquela advinda da dissolução da sociedade conjugal, especificamente a exercitada por um dos cônjuges, cabendo ao outro que não a detém o direito de visita.

Apesar do decantado direito à convivência familiar garantido a crianças e adolescentes pela Constituição Federal, o que se vê com frequência é, no exercício da guarda única, acontecer um distanciamento entre o *cônjuge não detentor da guarda* dos seus filhos que já não residem com ele no mesmo espaço. Esse distanciamento se dá de duas maneiras: por culpa do próprio genitor ou genitora que se torna ausente; ou por influência do *detentor da guarda* que utiliza o filho para empreender um processo punitivo contra o ex-cônjuge.

Estabelece o art. 1.632 do Código Civil que “a separação judicial, o divórcio ou a união estável não alteram as relações entre pais e filhos, senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos”.

O direito à convivência deve ser compreendido sempre no interesse maior dos filhos; mas não se pode negar que os infindáveis e inconciliáveis interesses dos pais, quando da dissolução da sociedade conjugal, nem sempre conduzem a uma solução que se demonstre mais favorável à criança.⁶⁵

Cahali⁶⁶ afirma que

a afeição paterna no trato com os filhos obedece a motivos tão humanos e respeitáveis que nem mesmo a responsabilidade do genitor pela separação judicial ou pelo divórcio pode constituir-se em obstáculo para o exercício desse direito.

⁶⁵ CARBONERA, Silvana Maria. Op. cit., p. 127.

⁶⁶ CAHALI, Yussef Said. Op. cit., p. 889

No entanto, a guarda única quando exercida de forma egoísta pelo cônjuge que a detém pode impedir ou prejudicar a implementação da convivência familiar, entendida essa última como aquela que inclui toda a família pertencente ao ramo do cônjuge prejudicado, ou seja, avós, tios, padrinhos, primos etc.

Assim é decisiva a maneira como é regulada a visita no momento da separação do casal. Como explica Nazareth⁶⁷, trata-se aqui não da visita regulada como “direito de visitas”, mas sim como “direito-dever de convivência”. Pais, filhos, avós, tios e demais membros da família precisam desfrutar da convivência mútua com tudo o que isso tem de bom e de ruim, com suas vantagens e inconvenientes. É essa convivência que propiciará o processo de formação das crianças e adolescentes.

Afirma Nazareth que

tem sido relatado pela literatura, salvo indicações em contrário que dizem respeito à presença de severas patologias psicológicas dos genitores, que toda criança precisa e deve ter, para seu adequado desenvolvimento psicossocial, um convívio regular, estável e próximo com os genitores, ainda que um deles não detenha a guarda.

O exercício da guarda única tem se mostrado como principal deflagrador dos conflitos que impedem a convivência familiar entre os infantes e demais parentes, porque o guardião se comporta como se fosse “dono” da criança ou adolescente sob sua proteção. Administra as relações familiares dos envolvidos na medida dos seus interesses e não dos menores ou maiores incapazes.

⁶⁷ NAZARETH, Eliana Riberti. Op. cit., p. 210.

3.5 Direito de visita ou direito à convivência?

A previsão legal sobre o direito de visita no ordenamento jurídico brasileiro cinge-se ao que está disposto no art. 1.589 do novo Código Civil: “O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação”.

A interpretação do artigo encaminha para a restrição do conceito de direito de visita como uma prerrogativa tão-somente dos pais, o que não coaduna com a nova realidade constitucional que ampliou as possibilidades da convivência ao denominá-la “convivência familiar” (art. 227 da CF/1988), o que se dá principalmente através do direito de os parentes se avistarem entre si.

Para melhor compreensão do direito de visita, com ênfase no tratamento da convivência familiar, passa-se a apreciar os variados conceitos sobre o tema, elaborados ao longo do tempo pelos doutrinadores.

Edgard de Moura Bittencourt⁶⁸ conceitua o direito de visita como “...prerrogativa reconhecida ao ascendente de receber seus descendentes menores (filhos ou netos) confiados à guarda de um dos pais ou de terceiros”. Esse conceito restringe o direito de visita aos parentes em linha reta; todavia é de se ver que o conceito foi elaborado antes da vigência da atual Constituição Federal, mas, ainda assim, o mencionado autor afirma em sua obra que na “jurisprudência ganha corpo a corrente que acolhe o direito de visita a parentes menos próximos, inclusive os

⁶⁸ BITTENCOURT, Edgar de Moura. *Guarda de filhos*. São Paulo: LEUD, 1984, p. 119.

espirituais (padrinhos) e até pessoas estranhas ao parentesco”, num prenúncio da compreensão para a qual se encaminhou o direito de visita.

Fábio Maria de Mattia⁶⁹ constrói um conceito que contempla além dos menores, com quem comumente há uma preocupação, a visita aos incapazes; afirma que o direito de visitas é “... o direito que os parentes têm de visitar as pessoas com quem mantêm relações de parentesco, quer sejam menores ou incapazes, quer sejam pessoas de maior idade enfermas ou impossibilitadas”.

O conceito de Mattia como o de Bittencourt enfatiza as relações de parentesco consanguíneo, afim e civil; mas é relevante a consideração que faz sobre a visita a incapazes, esta que também é uma situação comum que deve ser apreciada no momento da separação do casal.

Para Maria Helena Diniz⁷⁰ a visita é:

Direito-dever que tem pai ou mãe não só de se encontrar e comunicar com os filhos menores nas condições determinadas judicialmente, desde que não se tenha enquadrado numa das hipóteses de perda de pátrio poder e sempre que a guarda daqueles filhos for deferida ao outro cônjuge em razão de separação judicial, divórcio ou nulidade de casamento, mas também de velar pela sua manutenção e educação. Também têm esse direito aos avós, irmão, padrasto e demais parentes, levando-se em conta a afeição.

O conceito elaborado por Maria Helena Diniz traduz o novo ideário sobre o direito de visita ao demonstrar que quanto aos pais é um “direito dever”, nos exatos termos em que prevê a legislação pátria; mas não deixa a autora de ressaltar a sua extensão quanto aos demais parentes na visão da família eudemonista, dando relevância ainda aos valores morais, sociais e psicológicos.

⁶⁹ MATTIA, Fábio Maria de. Visita (direito de). In: *Enciclopédia Saraiva do direito*. São Paulo: Saraiva, v. 77, p. 431.

⁷⁰ DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*, São Paulo: Saraiva, 1998, v. 4, p. 745.

A doutrina estrangeira traz conceitos muito semelhantes àqueles construídos pela doutrina nacional, merecendo destaque aquele formulado por Maria Inês Varela de Motta, para quem o direito de visita

es el derecho y el deber que tienen los padres y los hijos que no están bajo la tenencia de aquellos, de mantener trato recíproco, el que deberá asemejarse en lo posible, al que tendrían si vivieran bajo el mismo techo. El derecho se extiende a los abuelos en todo caso y a otros familiares y terceros cuando el interés del menor lo justifique.⁷¹

Desta feita, têm-se que o Direito de Visita é um direito-dever dos pais intrínseco ao poder familiar e quanto ao visitado (filhos menores ou maiores incapazes) é um direito de personalidade, fundamental e extensivo aos demais familiares.

Fábio Bauab Boschi, inclusive, tem uma visão muito mais ampliada do direito de visita, incluindo outras pessoas que sequer compõem o grupo familiar, e expõe sua idéia da seguinte maneira:

Para nós o direito de visita não decorre única e exclusivamente do poder familiar, assim como não está adstrito somente às relações de parentesco, pois existem situações específicas em que um terceiro não parente, como, por exemplo, uma pessoa que tenha exercido por longo período a guarda de fato de uma criança na ausência dos pais, tem o direito de manter os laços afetivos que criou e desenvolveu; e, na hipótese de essa guarda de fato pelo terceiro não mais se verificar, cremos que ele terá o direito de visitar aquele com quem mantinha vínculos sentimentais.

Não acreditamos que somente os laços familiares sejam suficientes para fundamentar o direito de visita, uma vez que não é incomum o desamor entre pessoas de uma mesma família, nem causa mais espanto, hodiernamente, dizer que determinados pais não nutrem qualquer amor pelos seus filhos.⁷²

⁷¹ MOTTA, María Inês Varela de. *Derecho de visita*. 2. ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1992, p. 11.

⁷² BOSCHI, Fábio Bauab. Op. cit., p. 44.

Nessa visão, tem-se a valorização do elemento sócio-afetivo numa compreensão de que não é suficiente o laço consangüíneo, sendo mesmo necessário a construção da afetividade, que se fortalece na convivência e troca de carinho. Visto assim, o direito de visita não se separa do direito de convivência, na verdade são complementares. O exercício da convivência só é possível entre as pessoas que não residem juntas através da visita e vice versa.

Boschi afirma ainda que o direito de visita não pode ser exclusividade de uma das partes da relação jurídica, mas pertence “àqueles que têm entre si o interesse em manter intacta a convivência, a fim de que possam, reciprocamente, dar e receber afeto”. Assim o direito pertence tanto ao visitante quanto ao visitado, e qualquer um deles pode solicitar a regulamentação judicial que se fará no interesse das duas partes, sem descurar, no entanto, que o interesse do menor deverá prevalecer.⁷³

3.5.1 O afeto como um dos fundamentos jurídicos do direito de visita

No momento em que se vai intentar uma ação judicial para regularização de visitas, por qualquer das partes (visitante ou visitado), é relevante a observação do fundamento jurídico para o pedido.

Não há uniformidade doutrinária sobre esse fundamento, vindo este a se modificar dependendo do aspecto sob o qual se estuda ou o caso concreto que se analisa. Assim ora se diz que o fundamento é a lei, ora que o mesmo centra-se no poder familiar, ou ainda que o núcleo é o parentesco ou os laços familiares.⁷⁴

⁷³ Ibid., p. 34.

⁷⁴ Ibid., p. 35

Quando se analisa o direito de visita como decorrente da lei ou do poder familiar, a observação será a partir da premissa de que se trata de um “direito-dever”. Aquela obrigação que os pais têm de educar, orientar, vigiar, guardar, fiscalizar os atos dos filhos, zelarem pela sua saúde e segurança, alimentá-lo, socorrê-lo, protegê-lo e assisti-lo moral e materialmente, praticando todos os atos necessários ao seu amplo desenvolvimento físico e mental, para que este possa crescer sadio e útil à sociedade.⁷⁵

Todas as obrigações acima mencionadas são impostas pelas normas de ordem pública de caráter cogente. Quer dizer, há disposição legal a impor a maternidade e paternidade responsável, no caso do Brasil com previsão expressa no art. 226, §7º⁷⁶ da Constituição Federal, a todos aqueles que escolham ter filhos.

Como explica Boschi:

As normas, nas quais ingressam no momento da procriação, não podem ser afastadas pela vontade deles, de forma que não podem recusar-se a cumprir os deveres impostos pela instituição jurídica que é o poder familiar. Os pais podem, livremente, optar por ter ou não um filho, mas, uma vez que assim decidam, não podem dispor dos deveres impostos por lei.⁷⁷

Portanto, o descumprimento das obrigações acima mencionadas pode gerar para os pais a suspensão ou perda do poder familiar, o que, todavia, não faz desaparecer todos os direitos e obrigações em relação aos filhos. Não retira, por exemplo, a obrigação de sustento e o direito de visitas, sendo este último deferido depois de assegurado o bem-estar físico e mental da criança ou adolescente.

⁷⁵ Ibid., p. 36

⁷⁶ Art. 226, §7º. Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

⁷⁷ Ibid., p.37.

O art. 1589 do Código Civil garante ao cônjuge que não detém a guarda o direito de visita, o que é uma regra lógica, dado que a dissolução da sociedade conjugal não retira dos pais o poder familiar.

Tem-se assim, nas duas situações descritas, a garantia legal do direito de visita, seja aquele expressamente previsto no art. 1589 do Código Civil ou o decorrente do poder familiar amplamente disciplinado no ordenamento jurídico brasileiro.

Então o que se observa nas disposições legais atinentes à visita é o chamado “direito-dever” dos pais em relação aos filhos, o que por si só não garante uma boa convivência, pois do que adiantariam as visitas compulsórias se durante estas não houvesse quaisquer demonstrações de amor pelo filho?!

Como informa Boschi:

Basta imaginar quão catastrófica seria a visita forçada por lei, em que o visitante apenas cumpriria por estar a ela obrigado. Supõe-se que essas visitas ocorreriam de forma tão fria e distante que o visitado poderia internalizar, ao longo do tempo de sua convivência, o sentimento de que não é querido, ensejando, no futuro, um complexo de rejeição que acarretaria insegurança quanto à sua pessoa e quanto ao fato de poder ser amado, com reflexos desastrosos para sua vida adulta.

Por tudo isso, em que pese estarem os genitores autorizados por norma jurídica a exercer o direito-dever de visita em relação ao filho ao qual não detém a guarda, não é a lei o seu fundamento.

A lei, nesta hipótese concreta, está posta no ordenamento jurídico como um imperativo autorizador do direito-dever de visita mas não é seu elemento fundante.⁷⁸

O que mantém laços entre pais e filhos após a dissolução da sociedade conjugal é o afeto desenvolvido pela convivência; é o amor, o respeito, a confiança e a admiração entre as partes; e tudo isso independe de norma jurídica.

⁷⁸ Ibid., p. 39

Ausente o afeto, resta a obrigação legal imposta pelo dever familiar que não garante o vínculo que caracteriza e justifica a permanência das visitas.

Ultrapassados a lei e o poder familiar como fundamento do direito de visita, há que se examinar a possibilidade deste fundar-se no parentesco e nos laços familiares.

Para apreciar essa alternativa, primeiramente é preciso conceituar parentesco, que segundo Boschi⁷⁹, é a relação jurídica que vincula as pessoas que descendem uma das outras e têm um ancestral comum; pode ser ainda o cônjuge ou companheiro aos parentes do outro; o adotado e seus descendentes com o adotante e todos os parentes dele; e os filhos advindos das técnicas de reprodução assistida, homóloga ou heteróloga, com seus genitores (consangüíneos ou não) e todos os parentes deles.

A legislação civil⁸⁰ divide o parentesco em natural e civil; sendo que o primeiro se subdivide em linha reta e colateral e o segundo se dá por afinidade, por adoção e por reprodução assistida. Importante ressaltar que o parentesco é um vínculo jurídico que se dá a partir da lei, caracterizado e limitado por esta, sendo a afeição e solidariedade entre os parentes também objeto de presunção do legislador.⁸¹

No entanto, não se pode impor a ligação emocional e afetiva entre os parentes tão só através dos dispositivos legais, como afirmados acima.

Não é o grau e a espécie de parentesco que determinam os laços de afetividade e solidariedade entre parentes. É muito mais o convívio, a amizade, o relacionamento estreito entre as partes que pode suscitar os sentimentos profundos,

⁷⁹ Ibid., p. 41.

⁸⁰ As relações de parentesco são disciplinadas pelos arts. 1591 a 1595 do Código Civil Brasileiro.

⁸¹ BOSCHI, Fábio Bauab. Op. cit., p. 43.

sinceros, desinteressados e descompromissados que unirá as pessoas e que justificará a manutenção através da visita, na hipótese de haver solução de continuidade.⁸²

Quantas pessoas pertencem ao mesmo tronco ancestral, são da mesma família e sequer se conhecem?! Quantos outros, unidos por laços familiares, com grande proximidade, e sequer se suportam!? Então não pode qualquer parentesco e/ou quaisquer laços familiares, também, ser o fundamento jurídico exclusivo a estribar o direito de visita.

Tudo se resume aos vínculos afetivos existentes entre visitante e visitado, na relação alicerçada, estabelecida e fortalecida no decorrer da convivência, exemplo disso é a convivência entre avós e netos. Como assevera Boschi:

O que se busca no direito de visita é a permanência dos fortes vínculos de afeto positivo existente entre visitante e visitado, através da manutenção da convivência entre eles, visando fortalecer a relação como meio de garantir as necessidades emocionais das partes, evitando, por outro lado, as nefastas conseqüências oriundas da ruptura das relações de ordem sentimental.

(...) O direito de visita é o meio de manter intacta o mais possível a convivência entre visitante e visitado, a fim de que possam continuar desfrutando do afeto positivo existente entre eles, afeto esse fundamental e necessário para que possam viver e desenvolver-se em todos os aspectos, principalmente no que diz respeito à capacidade de lidar com os próprios sentimentos e emoções.⁸³

Não se pode negar que a segurança jurídica requer a disciplina das ações, e, portanto é na lei que se busca a primeira fundamentação para o pedido. Assim há que se discordar de Boschi quando ele afirma que o “direito de visita se fundamenta nos fortes laços de afetividade existente entre visitante e visitado”, como único elemento fundante.

⁸² Idem., p. 44.

⁸³ Idem.

Acredita-se, sim, que é uma soma dos elementos que se complementam. Ainda que esteja definida a visita aos filhos como uma decorrência da lei e do poder familiar, admitir essa via como fundamento jurídico único do direito de visita é desprezar um atributo importante e definidor desse instituto, o afeto.

4. O DIREITO DE VISITA DOS AVÓS AOS NETOS

4.1 Tratamento legislativo do Tema

O direito de visita dos avós aos netos, ou vice-versa, no Brasil, tem a modalidade de direito decorrente daquele exercido pelos pais. O acesso de avós e netos é condicionado ao exercício da prerrogativa dos pais.

Não há qualquer manifestação da legislação, de forma explícita, a esse respeito. Os avós ficam sujeitos ao relacionamento implementado com os ex-geros/noras, para se avistarem com seus netos.

Ainda que a nova visão seja das famílias pluralizadas, flexíveis e centradas no princípio da afetividade, o enfrentamento do tema “visita dos avós aos netos” é exclusivo da doutrina e da jurisprudência que não se furtam à solução dos casos em concreto.

A Constituição Federal no seu art. 227 assegurou à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, a convivência familiar e comunitária. Não obstante o preceito maior que assegurou a unidade do agrupamento familiar, compreendido no conceito de família plural, seja o Código Civil ou o Estatuto da Criança e do Adolescente, ao regulamentar sobre a guarda dos filhos e o poder familiar, ambos mostraram-se omissos sobre a regulamentação das visitas dos demais parentes.

Maria Berenice Dias ao abordar o tema, sustenta que o art. 227 da Constituição e o ECA não estabelecem limites, e, portanto “os vínculos parentais não se esgotam entre pais e filhos, apesar do silêncio legal. O direito de convivência estende-se aos avós e a todos os demais parentes, inclusive colaterais”. A autora analisa o direito de visitas como uma prerrogativa tanto dos netos quanto dos avós, mas na

vertente dos netos chama a atenção para a conjugação desse direito ao princípio do melhor interesse da criança, se expressando da seguinte maneira:

(...) não se podem impedir visitas entre avós e netos, o que já vem, de há muito, sendo consagrado pela jurisprudência.

Tal direito deve ser conjugado com o princípio do melhor interesse da criança, fundamentando-se na prerrogativa do neto de ser visitado por seus ascendentes, ou por qualquer parente que com ele mantenha laços de afeto, de solidariedade, de respeito e amor. A criança tem o direito de personalidade de ser visitado não só pelos avós, como também pelos bisavós, irmãos, tios, primos, padrinho, madrinha, enfim, por toda e qualquer pessoa que lhe tenha afeto.

A lei 6515/77 (Lei do divórcio) ao tratar da separação judicial e o divórcio, no art. 15 enunciava que: “os pais, em cuja guarda não estejam os filhos, poderão visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo fixar o juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação”; a regra foi repetida de forma semelhante pelo Código Civil de 2002 no art. 1.589, dispondo que “o pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação”.

Nem mesmo as alterações recentes previram a possibilidade das visitas aos demais componentes do grupo familiar. A modificação do art. 1.121 do Código de Processo Civil, pela lei n. 11.112, de 13 de maio de 2005, incluiu o inciso sobre a regulamentação das visitas na petição de separação judicial por mútuo consentimento, indicando que na petição de separação consensual conterà:

II – o acordo relativo à guarda dos filhos menores e ao regime de visitas”. O parágrafo 2º do mesmo dispositivo esclarece o que sejam as visitas: “Entende-se por regime de visitas a forma pela qual os cônjuges ajustarão a permanência dos filhos em companhia daquele que não ficar com sua guarda, compreendendo encontros periódicos regularmente estabelecidos, repartição das férias escolares e dias festivos.

Deixou o legislador de fazer expressa referência à amplitude das visitas, as quais, na moderna dinâmica do direito de família, geram a salutar convivência dos filhos não só com os pais separados, mas com os demais parentes que podem contribuir com o seu amparo e assistência.

No que diz respeito aos avós, em especial, além de a ausência da previsão legal para se avistarem com seus netos, ficando a mercê do entendimento de ex-geros/noras, há também quem sustente que essa convivência é prejudicial, dada a intromissão inoportuna no exercício do poder familiar.

Mas esse entendimento é contraposto pelo jurista Washington de Barros Monteiro que assim afirma:

embora não consignado expressamente na sistemática das nossas leis que regulam as relações de família, evidente o direito dos avós de se avistarem com os netos em visita. Doutrina e jurisprudência confirmam ou aplaudem esse ponto de vista, que se funda na solidariedade familiar e nas obrigações oriundas do parentesco. (...) sem dúvida alguma, o direito dos avós se compreende hoje como decorrência do direito outorgado à criança e ao adolescente de gozarem de convivência familiar, não sendo demais entender que nesse relacionamento podem ser encontrados os elementos que caracterizam a família natural, formada por aquela comunidade familiar constituída de um dos pais e seus descendentes, inserida na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente.⁸⁴

Se o raciocínio é que o direito de visitas, em qualquer das vias (dos avós ou dos netos) é um direito da personalidade, tem-se pela melhor doutrina que se trata de um direito natural. E sobre a universalidade dos direitos da personalidade, afirmou Fredie Didier Jr.:

Há um mínimo de direitos, ligados à pessoa humana, que não podem ficar sem a proteção do Estado. Assim, a despeito da existência de previsão legislativa, ou mesmo que haja lei em sentido contrário, é possível afirmar

⁸⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil - Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, v. 2, 1993.

que há determinados direitos que são universais, devem vigor em todos os povos, sob todos os céus, sobre todas as terras.⁸⁵

Nesse prisma o direito de visitas dos avós ao netos subsiste em qualquer análise, havendo ou não regular convivência entre os pais de crianças e adolescentes. O mais importante é a manutenção do vínculo sócio-afetivo, com a preservação indispensável do convívio com os ancestrais e a natural distribuição dos afetos com os valores morais e culturais da família.

4.2 Identificação dos avós na sociedade brasileira

Foi dito no primeiro capítulo sobre a família, ao tratar da importância dos avós, que a figura destes remete à imagem de uma pessoa idosa, mas que a maternidade precoce tem gerado avós jovens, no auge da vida produtiva e com um tempo reduzido para se dedicarem à família.

De qualquer maneira, avós jovens ou avós idosos têm um importante papel na vida familiar. Maria Amélia Faller Vitale traz a informação de que na família brasileira, são diversos os aspectos e situações que envolvem os avós:

Disciplinar, ser companheiro das brincadeiras, contar histórias, oferecer pequenos presentes, passeios, guloseimas, conselhos, ouvir sentimentos, segredos, acolher, suprir algumas necessidades infantis, ajudar a sustentar, transmitir as histórias familiares.

(...) Quando a convivência entre avós e netos é intensa, os primeiros podem se tornar parceiros dos pais na educação das crianças. Outros podem sentir que suas relações com os netos devem ter muito mais um caráter lúdico.⁸⁶

⁸⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil*. v. 1: parte geral. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 139

⁸⁶ VITALE, Maria Amalia Faller. Avós: velhas e novas figuras da família contemporânea. In *Família, redes, laços e políticas públicas*. ACOSTA, Ana Rojas e VITALER, Maria Amalia Faller (Org.). São Paulo: Cortez: Instituto de Estudos Especiais-PUC/SP, 2005. p. 95.

Desde o início do século XX é considerada significativa a presença dos avós no exercício de cuidados ou guarda dos netos⁸⁷ no cenário familiar brasileiro, num contexto de flexibilidade da unidade doméstica.

A presença permanente dos avós junto aos netos, que se dá muitas vezes pelo fato dos casais morarem com seus pais após o casamento, gera uma cooperação dos avós que recebem “vários benefícios especiais ao cuidarem dos netos”,⁸⁸ entre estes, o contato que fica resguardado, mesmo se um dos genitores retirarem o neto do lar.

Mas não são raras as relações conflituosas que impedem ou dificultam as visitas dos avós aos netos atingindo qualquer dos perfis (avós idosos/avós jovens). No entanto, chama a atenção o fato da essencialidade desse contato para as pessoas que estão envelhecendo. Os trabalhos científicos da área de psicologia afirmam que “negar acesso dos avós a seus netos pode ser nocivo para ambos”.⁸⁹

Recente pesquisa realizada pela Fundação Perseu Abramo⁹⁰ dá conta do aumento da população idosa no Brasil. Constatou-se que os brasileiros com idade a partir de 60 (sessenta) anos já se aproximam de 18 milhões de cidadãos, cerca de 10% da população.⁹¹ A considerar esses números, os avós idosos, com certeza, constituem-se em sua maioria.

⁸⁷ Idem.

⁸⁸ Idem.

⁸⁹ ARAÚJO, Mayeve Rochane Gerônimo Leite e BRITO, Cristina Maria de Souza Dias. Op. cit., p. 92.

⁹⁰ FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO. Disponível em <<http://www.fpabramo.org.br/>>. Acesso em: 25 fev. 2008.

⁹¹ VENTURI, Gustavo e BOKANY, Vilma. A velhice no Brasil: contraste entre o vivido e o imaginado. *In: Idosos no Brasil: Vivências, Desafios e Expectativas na Terceira Idade*. NERI, Anita Liberalesso (Org.). São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2007. p. 127.

A legislação sobre o idoso no Brasil sofreu transformações consideráveis, saindo de um estado de completa ausência para a realidade de um Estatuto que busca implementar políticas protetivas destinadas aos idosos, contemplando todos os aspectos para uma segura convivência familiar e social.

No entanto, o texto da lei 10.741/2003, ao abordar a convivência familiar dos idosos, trata a matéria de forma genérica, sem qualquer menção às relações com os netos.

4.2.1 O idoso na legislação nacional

As alterações no trato dos idosos partiram da própria nomenclatura. Com a edição do Estatuto do Idoso, designá-los como “velhos” ou “anciãos” tornou-se politicamente incorreto, considerados estes termos como pejorativos.

Assim, o idoso, pela legislação em vigor, é a pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, conforme dispõe o art. 1º da lei n.º 10.741/2003: “É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos”.

O legislador elegeu o critério cronológico para definir a pessoa idosa, e qualquer pessoa, independentemente de outros critérios como o psicobiológico ou econômico-social, ao completar 60 (sessenta) anos, para os efeitos legais, é idosa.

Como bem explica Osvaldo Peregrina Rodrigues:

(...) outros critérios existem para tipificar uma pessoa que atinge a idade idosa, como o psicobiológico, pelo qual “deve-se buscar uma avaliação individualizada da pessoa, ou seja, seu condicionamento psicológico e fisiológico. Logo, importante não é sua faixa etária, mas sim as condições físicas em que se encontra seu organismo, além das condições psíquicas de sua mente”, e o critério econômico-social, que norteia a isenção da pessoa como idosa em vista de sua situação social e auto-suficiente econômica e financeira.⁹²

⁹² PEREIRA, Tânia da Silva e PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *A Ética da Convivência Familiar*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 395-439.

A legislação brasileira, em oportunidades e contextos diferentes de proteção ao idoso, elegeu idades diferenciadas para assim denominá-los.

O Código Penal Brasileiro, em sua parte geral (art. 77, § 2º) faculta a suspensão condicional da pena, não superior a 4 (quatro) anos, ao idoso que comete infração penal, “desde que o condenado seja maior de 70 anos de idade”, idade essa que também é circunstância atenuante de sua pena (art. 65, inciso I) e fator de redução, pela metade, da prescrição da pretensão executória, se proferida a sentença, o acusado estiver com mais de 70 (setenta) anos (art. 115). Por outro lado, em sendo a vítima pessoa idosa, isso é circunstância agravante da pena do condenado, como determina o art. 61, inciso II, letra h, desse Estatuto Criminal.

A Lei Orgânica da Assistência Social – lei n.º 8.742, de 7 de dezembro de 1993 – também elegeu a idade de 70 (setenta) anos para designar o idoso que poderá receber o benefício de prestação continuada, com a garantia de 1 (um) salário mínimo mensal, desde que comprove não possuir meios de prover a própria manutenção e a renda mensal familiar *per capita* seja inferior a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo.

A Lei n.º 8.842 de 4 de janeiro de 1994, que dispõe sobre a Política Nacional do Idoso e cria o Conselho Nacional, estabelece em seu art. 1º que o seu objetivo é “assegurar os direitos sociais do idoso, criando condições para promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade”, e no artigo seguinte o qualifica como a pessoa com mais de 60 (sessenta) anos de idade.

Pela lei n.º 10.048, de 8 de novembro de 2000, garantiu-se ao idoso com idade igual ou superior a 65 (sessenta e cinco) anos a prioridade de atendimento em

repartições públicas, empresas concessionárias de serviços públicos e instituições financeiras e, em transporte coletivo, foi concedida a reserva de assentos.

A Constituição Federal de 1988, no capítulo VII, art. 230, trata do dever de amparo às pessoas idosas. Apesar de não eleger expressamente a idade em que se considera a pessoa como idosa, no § 2º do mesmo artigo enuncia-se: “aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos”. Diante disso, conclui-se que o legislador constitucional elegeu 65 (sessenta e cinco) anos como idade referência para assim considerar a pessoa idosa.

Os idosos brasileiros, por si mesmos, só se sentem idosos a partir dos 70 (setenta) anos, de acordo com os resultados da pesquisa realizada em abril de 2006 pela Fundação Perseu Abramo, por meio de seu Núcleo de Opinião Pública, em parceria com o SESC Nacional e SESC São Paulo⁹³.

Diante da indefinição gerada no contexto legislativo do país acerca da idade em que se pode determinar a pessoa como “idosa”, se aos 60 (sessenta), 65 (sessenta e cinco) ou 70 (setenta) anos, na lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), o legislador não tinha alternativa senão definir um critério geral e objetivo para determinar a quem se destinava a norma jurídica, afinal o direito cria suas realidades para seus fins. Terminou por defini-los como as “pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos”.

É perceptível na análise do desenvolvimento da legislação que a preocupação com o idoso se intensificou a partir da década de 90. Mas afora a preocupação do Estado, a família deveria ser a primeira a contemplar cuidados e dedicação aos seus idosos.

⁹³ FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO. Disponível em: < www.fpabramo.org.br/>. Acesso em: 25 fev. 2008.

4.2.2 Os avós idosos no contexto da família

De acordo com Andréa Moraes Alves⁹⁴, em análise da pesquisa realizada em abril de 2006 pela Fundação Perseu Abramo, a presença do idoso na família tem um recorte de gênero, com extrema relevância para o laço conjugal, particularmente para as mulheres em relação aos filhos.

O casamento e a reprodução são considerados conexos e corriqueiros na trajetória de vida dos idosos, pois um percentual pequeno de idosos é que são solteiros ou não tiveram filhos.

Segundo a mencionada autora:

(...) entre os homens é comum a co-residência com a esposa (71%) e, pelo menos, um filho ou filha (51%); já entre as mulheres, a moradia tende a ser compartilhada com filhos e/ ou filhas (57%). As esposas são apontadas como aquelas que mais dão atenção aos seus maridos idosos (58%) e os filhos e filhas aqueles que mais cuidam de suas mães idosas (36%). (...) Casamento e reprodução são eventos conexos e corriqueiros na trajetória de vida dos idosos: somente 6% deles são solteiros e 6% nunca tiveram ou não têm filhos. O casamento e os filhos são garantia de atenção que se tem na velhice.⁹⁵

Apesar da importância da família para o idoso (solteiro ou não) e a sua aparente certeza de atenção em função da existência desta, há um percentual considerável de idosos que vivem sós.

Ana Maria Viola de Sousa observa que nos centros urbanos a solidão é mais perceptível, e descreve o quadro:

Nos grandes centros urbanos, vivendo a nova tendência mundial na redução do número de membros que compõem uma família, os idosos ficam restritos ao lazer em praças e jardins, com espaço físico reduzido em seus lares, resultado da transformação da família numerosa para a família

⁹⁴ ALVES, Andréa Moraes. *Imagem e auto-imagem: da homogeneidade da velhice para a heterogeneidade das vivências*. In: *Idosos no Brasil: Vivências, Desafios e Expectativas na Terceira Idade*. NERI, Anita Liberalesso (Org.). São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2007. p. 1 27.

⁹⁵ Idem.

nuclear. Proporcionam o isolamento cada vez maior do idoso, obrigando-o a buscar novas alternativas na razão de viver procurando integrar-se a outros idosos e à sociedade (...) ⁹⁶

A informação da vivência solitária, não tendo uma família com quem contar, não pode ser negligenciada. Ultimamente há uma clara redução do número de filhos no planejamento familiar, e ainda há a incontestável instabilidade dos laços conjugais. Tudo isso indica que, no futuro, o suporte vindo da família tende a diminuir.

É de se notar que no quadro domiciliar há um grande número de idosos que se apresentam como chefe de família, mas entendida a chefia somente no suporte material, pois “os idosos que antes exerciam funções de comando hoje se vêm desprestigiados e desvalorizados”.⁹⁷ O dinheiro das aposentadorias, pensões e atividades desenvolvidas compõe a renda familiar, quando não é exclusivo meio de subsistência desta. São esses valores que provêem a manutenção da casa onde residem.⁹⁸

Todavia, a participação financeira do idoso não lhes garante o direito de opinião válida nas decisões familiares. Nem mesmo nas questões que são de seu interesse direto. Normalmente sua opinião sequer é pedida.

Comportamentos como os descritos acima demonstram uma questão cultural evidente: no Brasil não se respeita a experiência do idoso. Isso demonstra um

⁹⁶ SOUZA, Ana Maria Viola de. *Tutela Jurídica do Idoso: a assistência e a convivência familiar*. Campinas, SP: Alínea, 2004. p.172.

⁹⁷ Idem.

⁹⁸ Na pesquisa da Fundação Perseu Abramo há o registro de que 88% dos idosos entrevistados afirmaram que contribuem para a renda familiar. Síntese da pesquisa In: *Idosos no Brasil: Vivências, Desafios e Expectativas na Terceira Idade*. NERI, Anita Liberalesso (Org.). São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2007. p. 235.

descompasso, pois é comum a opinião de que quanto mais se envelhece mais experiência de vida e sabedoria se adquire.

Na convivência familiar é significativa a participação laboral dos avós (principalmente mulheres) cuidando dos seus netos em atividades como levar à escola, alimentar e tê-los em sua companhia boa parte do dia enquanto os pais estão no trabalho. Não se podendo desprezar ainda situações evidentes às quais os avós efetivamente criam os seus netos.

Assim a interação entre as gerações vai ocorrer naturalmente e trará um outro aspecto importante, a ruptura do conceito de família nuclear: pai, mãe e filhos. Haverá a presença constante dos avós. Se positiva ou negativa, Moraes afirma:

A pesquisa SESC/FPA indica que existe uma troca entre gerações e que ela ocorre em ambas as direções e são basicamente focadas no intercâmbio de dinheiro e de serviços. Outros trabalhos já apontavam essa dupla direção na sociedade brasileira (Saad, 2004). Mas o fato de existir troca de apoio implica a troca de experiências e compartilhar de modelos de vivência geracional? As relações sociais se processam em vários níveis e as trocas de apoio podem ser um meio de comunicação entre as gerações. O exercício da responsabilidade sobre outras pessoas, de gerações distintas, cria a oportunidade de intercâmbio qualitativo e alguma influência mútua surge dessa troca.⁹⁹

Apesar de a cultura incrustada da não valorização das idéias e opiniões dos idosos, efetivamente elas se impõem no trato que há entre avós e netos.

A experiência do repasse das histórias da família e mesmo o marco da presença física dos avós, sabidamente muito maior com as crianças do que com os adolescentes, gera a situação de continuidade dos costumes e conhecimentos sobre a genealogia da família.

⁹⁹ ALVES, Andréa Moraes. Op. Cit., p.137.

Esse conhecimento resguarda o direito à ancestralidade amplamente debatido pela doutrina e jurisprudência.

Na feliz expressão de Maria Berenice Dias¹⁰⁰:

Todo ser humano pertence a uma família. Ao nascer recebe o nome de seus pais e avós, sinal de identificação de sua ancestralidade. Todos têm direito de conhecer a origem do seu grupo familiar, seus vínculos de parentesco.

A presença dos avós na família permite não só esse conhecimento, mas a salutar troca afetiva experimentada pelos netos e demais membros que desperta ainda a responsabilidade uns pelos outros, reforçando os vínculos.

4.3 Os avós no olhar dos netos

Na sociedade contemporânea, o aumento da expectativa de vida e a maior permanência dos jovens em casa vêm modificando de forma significativa as relações intergeracionais, em que crianças e jovens tendem a conhecer e conviver mais com seus avós. É possível encontrar famílias que abrigam até quatro gerações (bisavós, avós, pais e filhos).

A psicóloga Cristina Maria de Souza Brito Dias e Márcia Andréa Souza e Silva¹⁰¹ afirmam que:

(...) é esperado que os avós sejam os principais agentes socializadores das crianças após os pais e, em geral, sua contribuição é grande no cotidiano das famílias, mas que apesar desta relevância poucos estudos têm sido realizados sobre sua importância para os netos.

¹⁰⁰ DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 419.

¹⁰¹ DIAS, Cristina Maria de Souza Brito e SILVA, Márcia Andréa Souza e. *Os avós na perspectiva de jovens universitários*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pe/v8nspe/v8nesa08.pdf>>. Acesso em: 30 maio 2008.

Chama a atenção o significado da figura dos avós para os netos, alternando entre uma supervalorização na infância e um decréscimo de importância na adolescência. Vitale¹⁰² sobre esses fatos assim se posiciona:

Para as crianças pequenas, os avós fazem parte significativa do seu mundo: falar sobre eles é expressar sobre a família. Para os adolescentes, quando outros grupos se tornam importantes, sua participação e influência tendem a decrescer. Do ponto de vista dos avós, as condições de saúde, de renda, de autonomia e, portanto, de sociabilidade tendem a diminuir à medida que se aprofunda o processo de envelhecimento. Assim, avós de crianças pequenas e os de adolescentes e jovens adultos têm vivências distintas.

A pesquisa realizada por Dias e Silva¹⁰³, no ano de 2003, sobre os avós na perspectiva de jovens universitários, demonstra que o significado dos avós está sempre ligado ao conceito de sabedoria, respeito, carinho e experiência de vida. Os avós são evidências da história da origem da família e a raiz da própria existência.

Na mesma pesquisa, quando questionados sobre as atividades que desenvolviam junto aos avós, os jovens relataram sobre as visitas, a facilidade de conversar, contar as histórias da família, almoçar junto e trocar telefonemas. E, ao se reportarem às lembranças da infância, eles disseram que perceberam a importância dos avós à medida que cresceram; que na infância o relacionamento foi marcado pelas brincadeiras, troca de carinho e afeto.

Nas conclusões da mencionada pesquisa, as autoras demonstram a influência significativa que os avós exercem na vida dos netos. Perpassando pelo aspecto emocional, fizeram a seguinte avaliação:

(..) Embora as diferenças entre os sexos não sejam estatisticamente significativas, vale salientar que, no caso do significado mais relevante, que foi o de sabedoria e experiência de vida, este foi dado pela maioria dos netos, enquanto para as netas o significado mais importante foi o de serem

¹⁰² VITALE, Maria Amalia Faller. Op. cit., p. 99-100.

¹⁰³ DIAS, Cristina Maria de Souza Brito e SILVA, Márcia Andréa Souza e. Op. cit., p. 61.

peças dignas de respeito. Isto nos leva a supor que o relacionamento avós-netos marcado pelo prazer e brincadeiras ocorra mais na infância, mas, à medida que os netos vão crescendo, outros significados vão adquirindo mais relevância.

Quanto à influência dos avós na vida dos netos, a que se destacou foi a do tipo emocional. Os netos também disseram que os avós influenciam na formação do seu caráter; que eles possuem características dos avós; que estes ajudam em momentos difíceis e são exemplos de fidelidade e amor no casamento.

(...) acerca do relacionamento mantido pelos jovens com seus avós foi a de que ele sempre foi “bom”. Em relação à contribuição dada pelos avós à família, as netas assinalaram que foi “a educação dada aos pais” que se refletiu nelas, enquanto os netos assinalaram que “os avós ajudaram na sua criação”. “Quanto às diferenças percebidas entre os pais e os avós, elas se devem, para ambos os sexos, às “diferenças de cultura, valores e modos de pensar”¹⁰⁴. Finalmente, acerca das características dos avós ideais, para as moças predominou o “amor/carinho”, enquanto os rapazes valorizaram a “abertura/diálogo”.

A presença familiar dos avós é diversa na vida de cada um dos netos, sempre dependente do momento que estão vivenciando. De qualquer forma, os relatos são sempre de contribuição na vida cotidiana. No olhar dos netos, o legado transmitido compõe a memória familiar.

4.4 Obrigação alimentar dos avós e o direito de visita

Ainda considerando a sociedade contemporânea, outra situação que vem se tornando comum é aquela de avós prestando alimentos aos netos. O deferimento dos pedidos é fundamentado no art. 229 da Constituição e art. 1696 do Código Civil que reconhecem a reciprocidade da obrigação alimentar entre pais e filhos, obrigação que se estende aos ascendentes. Assim, se o pai que deve alimentos em primeiro lugar não estiver em condições de suportar o encargo, os avós, que são os mais próximos em grau, serão chamados a arcar com a obrigação (Código Civil, art. 1698).

¹⁰⁴ Ibid., p. 59 e 61.

Muito se discutiu a respeito da responsabilidade alimentar dos avós, ainda mais no Brasil, um país que tem um “sistema de previdência social completamente desestruturado e injusto. Parece ser demasiadamente poético e surreal” imaginar os avós sendo compelidos a tal.¹⁰⁵

No entanto, já foi pacificado pelo STJ o entendimento de que a obrigação alimentar dos avós para com os netos é sucessiva e complementar.¹⁰⁶ Dias¹⁰⁷ afirma que é possível encontrar jurisprudência em sentido contrário, fundamentada na obrigação exclusiva dos pais, e que, havendo omissão de um deles, o ônus seria do outro genitor. Que a responsabilidade dos avós só poderia ser invocada se nenhum dos genitores tiver condições de prover o sustento dos filhos.

Convém transcrever o claro entendimento de Dias ao reafirmar a concordância com a opção do STJ:

O avô que tiver condições econômicas para tal, deve ser chamado a contribuir, quando seu filho deixar de atender à obrigação de sustento do neto. O só fato de o detentor da guarda ter algum rendimento não exclui a responsabilidade do ascendente. De todo injustificável submeter uma criança a viver limitada à acanhada disponibilidade de seus genitores quando possui avô que pode complementar a carência dos pais. É mister invocar o critério da proporcionalidade entre ganhos do guardião e a situação econômica do ascendente. Se o pai não estiver pagando nada ou estiver pagando pouco, cabe chamar o avô para complementar o encargo. O fato de o genitor, que tem o filho sob sua guarda, auferir alguma renda

¹⁰⁵ BIRCHAL, Alice de Souza. A relação processual dos avós no direito de família: direito à busca da ancestralidade, convivência familiar e alimentos. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Afeto, ética, família e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 41-60.

¹⁰⁶ Responsabilidade dos avós-complementar. A responsabilidade dos avós de prestar alimentos aos netos não é apenas sucessiva, mas também complementar, quando demonstrada a insuficiência de recursos do genitor. Tendo o tribunal de origem reconhecido a possibilidade econômica do avô e a insuficiência de recursos do genitor, inviável a modificação da conclusão do acórdão recorrido, pois implicaria em revolvimento do conjunto fático-probatório. Recurso especial não conhecido. (STJ, 3.^a T., REsp 579385/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 26.08.2004).

¹⁰⁷ DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 421.

também não afasta a responsabilidade dos ascendentes em alcançar-lhe alimentos.¹⁰⁸

Aqui caberia um questionamento: e quanto aos avós que não tem condições de arcar com a pensão alimentícia do neto sem prejuízo do seu próprio sustento!?

Para Maria Aracy da Costa¹⁰⁹, a possibilidade dos avós prepondera sobre a necessidade dos netos, condicionada ao atendimento da obrigação pelo alimentante sem prejuízo da satisfação de suas próprias necessidades. Então não haverá excessos, de maneira a que o direito alimentar dos netos inviabilize o sustento próprio dos avós, sendo adotado o princípio da proporcionalidade.

O fundamento da obrigação alimentar dos avós para com os netos é o parentesco, reforçado pelo princípio da solidariedade existente entre os membros da mesma família.

Não se pode negar a inteligência do legislador ao atribuir a obrigação alimentar entre ascendentes e descendentes quando positivou a regra de solidariedade. Mas o que se questiona é até que ponto a obrigação alimentar dos avós, como um dever sucessivo e complementar, resguardaria o direito de visitas.

Boshi¹¹⁰ leciona que “é evidente que os avós têm o direito de se avistarem com os netos, direito, este, que se ancora na solidariedade familiar e nas obrigações de parentesco”. E faz clara referência à obrigação alimentar, citada em primeiro lugar como um dos pressupostos jurídicos justificadores do direito de visita dos avós.

¹⁰⁸ Idem.

¹⁰⁹ COSTA, Maria Aracy Menezes da. *A Obrigação Alimentar dos Avós. Direitos Fundamentais do Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004

¹¹⁰ BOSHI, Fábio Bauab. Op. cit., p.115-116.

No mesmo sentido o entendimento de Marilza Fernandes Barreto¹¹¹ que, ao enumerar os aspectos concepcionais do direito de visita dos avós, afirma ser “uma compensação do dever de prestar alimentos”.

Fica claro que a obrigação alimentar dos avós aos netos e o direito de visita são decorrentes, não um do outro, pois minimizaria a relação entre estes reduzindo-a à coisa negociável e valorada em dinheiro. Na verdade decorrem das mesmas bases fundamentais que informam o relacionamento entre avós e netos: solidariedade familiar, parentesco e afetividade que aproximam as gerações.

¹¹¹ BARRETO, Marilza Fernandes. *Direito de Visita dos avós – uma evolução do direito de família*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1989. p. 48.

5. A LEGISLAÇÃO SOBRE O DIREITO DE VISITA DOS AVÓS AOS NETOS NO BRASIL

Já se disse ao longo deste trabalho, em mais de uma oportunidade, que não há no Brasil regra positivada que garanta o direito de visita dos avós aos netos. O que se tem a respeito do tema provém da busca incessante da doutrina e da jurisprudência em saber se os avós teriam ou não esse direito em relação aos seus netos.

A base e a estrutura do instituto do direito de visita, no que concerne aos avós, advêm das várias correntes doutrinárias e das conflitantes decisões dos tribunais. Decisões que, ao longo do tempo, oscilaram em suas considerações entre o direito absoluto dos pais (que seriam os únicos detentores do poder familiar sobre os filhos), e depois (influenciadas pela doutrina) consideraram como abuso paternal o impedimento das relações entre avós e netos.

Boschi esclarece o que considera “tormentosa discussão travada em torno do assunto” da seguinte forma:

Dizia-se que os pais tinham absoluto poder sobre seus filhos, podendo dirigir-lhes a educação e controlar suas amizades como bem entendessem, inclusive impedindo o filho menor de relacionar-se com pessoas da própria família, incluindo-se aí os avós.

Com o tempo o quadro foi alterando-se, e o instituto do poder familiar passou a ser visto mais como um conjunto de deveres e funções dos pais com relação aos seus filhos do que como um emaranhado de direitos daqueles sobre a pessoa e os bens destes.

Daí começaram a surgir decisões, embaladas pela doutrina, afirmando que o impedimento de relações pessoais entre avós e netos constituía abuso do poder paternal, e que o direito dos avós, apesar de não haver norma expressa nesse sentido, funda-se num direito natural que se impunha como limite ao poder familiar abusivamente exercido.¹¹²

¹¹² BOSHI, Fábio Bauab. Op. cit., p. 112.

Como exposto anteriormente, há dois marcos a serem considerados na apreciação do tema, quais sejam a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente (lei 8.069/90), que em função do tratamento dado à família e aos infantes influenciaram sobremaneira as decisões dos tribunais.

5.1 A proteção constitucional

A Carta Magna de 1988 trouxe significativas mudanças ao direito de família, primeiro por tratar de matéria que não é eminentemente constitucional, depois por deflagrar um processo inovador ao estabelecer o princípio da paternidade e maternidade responsáveis, pelo qual a procriação é uma opção da qual resultam deveres e obrigações (art. 226, §7º da CF).¹¹³

Não se pode olvidar do direito à convivência familiar e comunitária e da “absoluta prioridade” no trato das crianças e adolescentes garantidos pelo art. 227¹¹⁴, devendo estas prerrogativas serem asseguradas pela família, pela sociedade e pelo Estado.

O direito à convivência garantido pela Constituição à criança e adolescente decorre do dever jurídico que os pais têm independentemente se estiverem ou não unidos pelos laços conjugais. E a “absoluta prioridade” põe a salvo os interesses dos menores em detrimento do interesse de qualquer outro componente da família.

¹¹³ Art. 226, § 7º. Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

¹¹⁴ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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.

Outro importante dispositivo constitucional é aquele que trata dos idosos, quando no art. 230 reafirma que “A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”.

Vale lembrar que no Brasil a realidade de avós idosos é considerável e, nesse aspecto, assegurar a sua *participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar (art. 230)* quando aplicado no âmbito da comunidade familiar significa conjugar este direito com o *direito à convivência (art. 227)* de crianças e adolescentes, garantindo assim as relações entre avós e netos, o que culminará no bem-estar de ambos.

Então tudo o que se fala desde a publicação da Constituição, nas duas últimas décadas, é da família constitucionalizada, em que há especial proteção à instituição (art. 226), sendo dever do Estado concretizar essa proteção assegurando a “assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram” (art. 226, §8º).

Sumaya Saady Morhy Pereira informa que a tentativa de explicar o sentido da proteção constitucional da família e a finalidade dessa tutela deve superar qualquer idéia de hipotético interesse familiar, pois nela a titularidade dos direitos pertence a cada um de seus membros. Acresce ainda:

Assim, quando se fala de interesse familiar, não se pode compreendê-lo como algo superior à proteção da personalidade daqueles que integram o grupo familiar. Ao contrário, o interesse familiar deve ser compreendido como interesse comum aos membros de uma mesma relação familiar. Um interesse que não é exclusivo e por isso mesmo diz respeito, a todos os componentes da família.

Falar de interesse familiar não pode representar a idéia de sacrifício imposto ao desenvolvimento e à realização da personalidade dos integrantes de um grupo familiar para favorecer hipotética indissolubilidade desse

agrupamento. Ao contrário, o interesse familiar, como interesse comum de todos os integrantes da família, deve ter por principal objetivo o respeito à personalidade de todos os membros do grupo familiar, indistintamente. O interesse familiar deve ser compreendido como espécie de “cláusula geral” que tem por finalidade a proteção dos direitos dos integrantes de uma família contra possíveis arbitrariedades oriundas de um dos pólos da relação.¹¹⁵

A família sob o prisma constitucional é tutelada como “formação social”, “lugar comunidade” que deve ser propício à formação e ao desenvolvimento da personalidade de seus participantes”.¹¹⁶ Desta maneira, e num conceito de família ampliada, avós e netos tem seus interesses resguardados.

5.2 O estatuto da Criança e do Adolescente

O Estatuto da Criança e Adolescente (lei 8069/90), já conhecido como ECA, veio reafirmar e complementar os dispositivos constitucionais relativos ao direito prioritário a criação e educação no seio da família, explicitando um extenso rol de direitos da personalidade relativos à criança e ao adolescente.

O ECA inicia por estabelecer no art. 3º¹¹⁷ que crianças e adolescentes gozam de todos os direitos que possam facilitar seu desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social; reafirma o disposto na Constituição quando nos arts.

¹¹⁵ PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. Op. cit., p. 93.

¹¹⁶ Idem.

¹¹⁷ Art. 3º. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

4^{o118} e 19¹¹⁹ impõe como dever a efetivação do direito à convivência no seio da família e garante às crianças e adolescentes, no art. 22¹²⁰, a criação e educação realizada pelos pais, os quais, no interesse dos filhos, têm a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Os direitos acima enunciados visam ao pleno desenvolvimento dos menores, envolvendo nessa esteira o direito de visitar e ser visitado, ou seja, de manter a convivência regular com pessoas com quem guardem vínculos de afetividade, o que certamente complementa o processo de formação psicossocial.

É o mesmo raciocínio de Boschi, para quem, o direito de visita é um direito de personalidade da criança e do adolescente. Transcreve-se seu entendimento:

Assim, considerando que o menor tem um direito fundamental prioritário, em face da família, da sociedade e do Estado, à convivência familiar e comunitária, podendo, portanto, manter vínculos de afeto dentro e fora da família, e que deve receber especial proteção aos seus interesses, visando seu integral desenvolvimento (físico, psíquico, moral, espiritual e educacional), evitando-se qualquer forma de negligência aos seus interesses fundamentais, pensamos, como Basset, “que el derecho de visitas visto desde la perspectiva del niño es um derecho de la personalidad”.

A convivência familiar e comunitária é imprescindível para que se venha a implementar a enorme gama dos direitos fundamentais do visitado, e, nesse sentido, a visita servirá como mais um instrumental a beneficiar o pleno desenvolvimento psicossocial do menor.¹²¹

¹¹⁸ Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

¹¹⁹ Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes

¹²⁰ Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

¹²¹ BOSCHI, Fábio Bauab. Op. cit., p. 78-79.

Os direitos da personalidade têm como atributo “o caráter absoluto” que se traduz como aquele materializado “na sua oponibilidade *erga omnes*, irradiando efeitos em todos os campos e impondo à coletividade o dever de respeitá-los”¹²². Assim considerado o direito de visita dos avós, como intrínseco à personalidade dos netos, poderão aqueles realizarem a visita que se funda no direito ao livre desenvolvimento da personalidade do visitado.

5.3 As ações de regularização de visitas intentadas pelos avós

Os avós, pelo fato de não estarem na guarda e companhia dos netos, experimentam muitos obstáculos à convivência com eles, motivos porque se socorrem do judiciário.

As demandas judiciais nascem da contrariedade de um direito quase sempre garantido pela lei. No entanto, no caso do pleito dos avós no que se refere à visita aos netos, a demonstração da legitimidade para o pedido não se mostra evidente, sobejando essa tarefa à doutrina.

Inicialmente a explicação é que o direito dos avós se funda no direito natural¹²³, levando em consideração “a carinhosa dedicação e, muitas vezes oportuna colaboração dos avós na criação e manutenção dos netos”¹²⁴.

¹²² GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona. Op. cit., p. 145.

¹²³ Direito Natural é o direito comum e peculiar a cada pessoa ou a todos os homens, por sua própria condição ou essência. NUNES, Pedro. Dicionário de tecnologia jurídica, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

¹²⁴ BARRETO, Marilza Fernandes. Op. cit., p. 33.

Para Barreto¹²⁵,

as normas do Direito Natural servem para aperfeiçoar as formas de convivência humana, acompanhando as mudanças, as evoluções sociais, refletindo as necessidades sociais, visando à descoberta de valores que amoldam o Direito às novas condições sociais.

Outro fundamento considerado é a solidariedade familiar, a qual também justifica a obrigação alimentar dos avós para com os netos, como já tratado no item 4.5.

Barreto¹²⁶ atribui a justificativa ao

elo de amor e carinho que aproximam as gerações e são a causa verdadeira que leva os avós aos tribunais para lutar pelo direito de ver e visitar seus netos, pela oportunidade de preservar a unidade e manter viva a convivência familiar.

Por fim, entende a doutrina que também são fundamentos o próprio parentesco e a limitação do poder familiar abusivo. O primeiro fortalece o elo que une os membros de uma família e o segundo exerce um controle sobre os atos dos pais que prejudicam os filhos.

Boschi, ao abordar os fundamentos do direito de visita dos avós aos netos, sustenta o mesmo entendimento e enumera da seguinte forma:

A jurisprudência e a doutrina têm fundamentado o direito de visita dos avós nos seguintes pressupostos jurídicos: a) dever de alimentar os netos (arts. 1694 e 1698 do CC); b) obrigação de protegê-los contra o exercício irregular ou abusivo do poder familiar, reclamando ao juiz que imponha medida que vise a segurança e o bem estar deles (art. 1637 do CC); c) exercício obrigatório da tutela (art. 1731 do CC), se não tiverem uma escusa legal (art. 1736 do CC) que os dispense; d) poder de requerer a interdição do neto maior incapaz (art. 1.768, II do CC); e) exercício da guarda do neto menor (art. 1584 do CC); f) vinculação parental dos avós, independente de sua vontade, ao neto adotado (arts. 41 e 47 do ECA e 1627 do CC).¹²⁷

¹²⁵ Idem, p. 31-32.

¹²⁶ Idem, p. 48.

¹²⁷ BOSCHI, Fábio Bauab. Op. cit., p. 115.

No mesmo sentido, Marilza Fernandes Barreto dispõe sobre os aspectos concepcionais do direito de visita dos avós como:

(...) uma compensação do dever de prestar alimentos. Decorre dos vínculos oriundos da filiação. É fruto da solidariedade familiar. É obrigação oriunda do parentesco. É uma limitação do pátrio poder abusivo. É garantia da manutenção dos vínculos de afeto e dedicação dos avós aos netos. É uma compensação das obrigações legais.¹²⁸

Entendimento diverso tem Sílvio Neves Baptista que só admite as visitas dos avós aos netos sob o aspecto de que se trata de um direito de personalidade do visitado, não só pelos avós, mas por qualquer parente. Expressa-se da seguinte forma:

No entanto, a despeito de abalizadas opiniões de juristas consagrados, entendemos que não existe direito do avô visitar o neto, nem Direito Positivo, nem direito natural, muito menos “direito moral”. Admitir o direito de os avós visitarem os netos importaria reconhecer uma das três situações igualmente equivocadas: ou a de que o neto teria o dever correlato de ser visitado pelos avós; ou a de que os avós teriam um “direito subjetivo”(!) contra os pais (avós, sujeitos ativos, e pais, sujeitos passivos), tendo por “objeto” o próprio neto; ou ainda a de que os demais parentes em diferentes graus de parentesco (bisavós, tios, irmãos, primos) teriam idênticos direitos. (Por que só os avós?. A relação entre bisavós e bisnetos é também estreita e muito afetiva.) Na verdade, o neto é que tem o direito de personalidade de ser visitado, não só pelos avós, com também pelos bisavós, irmãos, tios, primos, padrinho, madrinha, enfim, por toda e qualquer pessoa que lhe tenha afeto.¹²⁹

Tem sido sob esses fundamentos que a jurisprudência vem cumprindo o seu papel ao longo do tempo, pois o judiciário atento aos fatos e aos valores envolvidos nas questões precisa dar a resposta às lides, nem sempre satisfatórias, pois os avanços legais são lentos e graduais.

¹²⁸ BARRETO, Marilza Fernandes. Op. cit., p. 48.

¹²⁹ BAPTISTA, Sílvio Neves. Op. cit., p. 297.

5.4 A jurisprudência

Não há contestação sobre a importância da jurisprudência na solução dos conflitos, mormente no que diz respeito à interpretação das leis ou quando ausente ou omissa. Especificamente ao tema em análise, ganha vulto as decisões proferidas nos casos em concreto.

Maria Helena Diniz leciona:

Quando, ao solucionar um caso, o magistrado não encontra norma que lhe seja aplicável, não podendo subsumir o fato a nenhum preceito, porque há falta de conhecimento sobre um *status* jurídico de certo comportamento, devido a um defeito do sistema que pode consistir numa ausência de norma, na presença de disposição legal injusta, ineficaz socialmente, ou seja, em desuso, estamos diante do problema das lacunas. Imprescindível será um desenvolvimento aberto do direito dirigido metodicamente. É nesse desenvolvimento aberto que o aplicador adquire consciência da modificação que as normas experimentam, continuamente, ao serem aplicadas às mais diversas relações de vida, chegando a se apresentar, no sistema jurídico, omissões concernentes a uma nova exigência vital. Essa permissão de desenvolver o direito compete aos aplicadores sempre que se apresenta uma lacuna, pois devem integrá-la, criando uma norma individual, dentro dos limites estabelecidos pelo direito (LICC, arts. 4º e 5º). As decisões dos juízes devem estar em consonância com o conteúdo da consciência jurídica geral, com o espírito do ordenamento, que é mais rico do que a disposição normativa, por conter critérios jurídicos e éticos, idéias jurídicas concretas ou fáticas que não encontram expressão na norma de direito.¹³⁰

Foi na esteira de raciocínio proposto por Diniz que a jurisprudência sobre o tema vem se formando. As posições são variadas quanto aos pedidos de regularização de visitas pelos avós, tendo que se levar em consideração a entrada em vigor da Constituição no ano de 1988 e do ECA em 1990, porque anteriormente o indeferimento era quase sempre certo, fundamentado na impossibilidade jurídica do pedido por falta de previsão legal.

¹³⁰ DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. São Paulo: Saraiva, 2007.

Recente julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (datado de 23/08/2005) indeferiu o pedido de regularização das visitas dos avós por entender que “o pedido era juridicamente impossível”, afirmando o relator nas razões do voto que “o direito de visita fica circunscrito aos genitores, em relação aos filhos menores e para quem não é titular da guarda” (...) e que “não se estende o referido direito aos avós”; como se pode notar do julgado abaixo transcrito:

EMENTA: Agravo de instrumento. Ação cautelar. Netos menores. Avô paterno. Direito de visita. Inexistência. Recurso provido. 1. O direito de visita fica circunscrito aos genitores, em relação aos filhos menores e para quem não é titular da guarda. Não se estende o referido direito aos avós. 2. Revela-se incorreta a decisão interlocutória que defere inexistente direito de visita a avô paterno. 3. Considerando que o pedido é juridicamente impossível, impõe-se o decreto de extinção do processo que veicula a respectiva ação cautelar. 4. Agravo de instrumento conhecido, provido e, de ofício, decretada a extinção do processo sem julgamento de mérito. Deram provimento para a extinção do processo (TJMG - Agravo nº 1.0024.04.520921-0/001(1); rel. Des. Caetano Levi Lopes).¹³¹

Mas esse quadro vem se alterando, inclusive no TJMG, sendo reiteradamente garantido o direito de visitas fundado no direito natural, no princípio da solidariedade e no superior interesse da criança e adolescente. Colaciona-se a seguir três ementas da jurisprudência dos Tribunais de Minas Gerais, São Paulo e Distrito Federal, escolhidos por representarem diferentes realidades locais:

EMENTA: Constitucional, civil e processual civil - ação de regulamentação de visitas - avó - extinção do feito, sem resolução de mérito, por impossibilidade jurídica do pedido - direito natural - laços de convívio e afinidade - possibilidade - cassação da sentença - provimento da irresignação - inteligência do art. 227 da constituição da república, art. 1.589 do código civil e art. 267, vi do cpc. Mostra-se juridicamente possível o ajuizamento de ação por avó, visando a regulamentação de visitas de sua neta, diante dos laços de convívio e afinidade havidos entre eles, postulação que se ampara em dispositivos constitucionais e infraconstitucionais. DERAM PROVIMENTO. (TJMG - Apelação Cível nº 1.0209.06.057498-2/001; Rel. Des. Dorival Guimarães Pereira).¹³²

¹³¹ Jurisprudência, TJMG, disponível em <<http://www.tjmg.gov.br>>. Acesso em: 30 jul. 2008.

¹³² Idem.

EMENTA: Voto n.º 7.253 Regulamentação de visitas - visita dos netos pelos avós fora do lar materno está apto a sobressair, pois, caso contrário, dificultaria o efetivo exercício do direito. Presença da mãe poderá até mesmo frustrar a espontaneidade entre a prole e os ascendentes. Convívio com a família paterna deve ser estimulado, possibilitando o estreitamento dos laços afetivos. Agravo desprovido. (TJSP - Agravo nº 539591-4/6-00; Rel Natan Zelinski de Arruda).¹³³

EMENTA: Civil. Processual Civil. Regulamentação de Visitas. Avô. Legitimidade Ativa Ad Causam. Honorários Advocatícios. Princípio Da Sucumbência E Da Causalidade. Ônus Da Prova. Sentença Mantida. 1. Refuta-se a preliminar de ilegitimidade ativa ad causam suscitada em relação ao avô que propõe ação visando regulamentar seu direito de visitas ao neto, eis que, conforme farta doutrina, "embora não consignado expressamente na sistemática das nossas leis que regulam as relações de família, evidente o direito dos avós de se avistarem com os netos em visita". (...) As provas dos autos demonstram, com saciedade, que a figura do avô sempre foi representativa para o menor, não merecendo censura a r. sentença que julgou procedente o pedido, regulamentando as visitas. Preliminar rejeitada. Recurso Improvido. (TJDF - Apelação nº 20010110473627APC, Rel. Humberto Adjuto Ulhôa,)

Pelas decisões, tendo por base exemplificativa as colacionadas acima, fica demonstrado que o direito de visita dos avós é uma realidade que se impõe, apesar de a inexistência de norma regulamentadora que preveja expressamente esse direito. Não sem tentativas, como se verá a seguir, dado que o congresso nacional guarda em seus arquivos um projeto inacabado do já falecido deputado Ricardo Fiúza.

¹³³ Jurisprudência, TJSP, disponível em: <<http://cjo.tj.sp.gov.br/esaj/jurisprudencia/consultaCompleta.do>>. Acesso em: 30 jul. 2008.

5.5 O projeto de lei que contempla a regularização de visita dos avós aos netos

Há na Câmara dos Deputados o projeto de lei 12.960/2002 de autoria do deputado Ricardo Fiúza, que por motivo regimental foi arquivado¹³⁴. Ocorre que o deputado em comento faleceu em 2005, antes de completada a tramitação, e não houve qualquer pedido de desarquivamento até o momento.

Citado projeto tinha como objetivo, além de alterar e criar artigos no Código Civil de 2002, justamente regular o direito de visita dos avós aos netos, alterando especificamente o art. 1589 que está inserido no capítulo XI que trata “Da Proteção da Pessoa dos Filhos”.

Esse artigo dispõe que “o pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação”. O projeto tencionava inserir as seguintes modificações:

Art.1.589

§ 1º. Aos avós e outros parentes, inclusive afins, do menor é assegurado o direito de visitá-lo, com vistas à preservação dos respectivos laços de afetividade;

¹³⁴ Arquivado através do memorando 53/2008 que informa como motivo o art. 125 do regimento interno da Câmara dos Deputados, que diz: Finda a legislatura, arquivar-se-ão todas as proposições que no seu decurso tenham sido submetidas à deliberação da Câmara e ainda se encontrem em tramitação, bem como as que abram crédito suplementar, com pareceres ou sem eles, salvo as: I - com pareceres favoráveis de todas as Comissões; II - já aprovadas em turno único, em primeiro ou segundo turno; III - que tenham tramitado pelo Senado, ou dele originárias; IV - de iniciativa popular; V - de iniciativa de outro Poder ou do Procurador-Geral da República. Parágrafo único. A proposição poderá ser desarquivada mediante requerimento do Autor, ou Autores, dentro dos primeiros cento e oitenta dias da primeira sessão legislativa ordinária da legislatura subsequente, retomando a tramitação desde o estágio em que se encontrava.

§ 2º. O juiz, havendo justo motivo, poderá modificar as regras da visitação, com observância do princípio da prevalência dos interesses dos filhos.¹³⁵

A exposição de motivos da pretendida modificação é da lavra da professora Regina Beatriz da Silva que justificou a intenção do legislador da seguinte maneira:

Carece o novo Código Civil de regra que assegure a visitação de outros parentes do menor, como os avós, irmãos, padrastos, levando-se em consideração especialmente os laços de afeição que os unem e o proveito que esses contatos trazem ao menor. Não são incomuns situações em que, com a separação judicial, o guardião procure afastar os filhos de parentes do outro genitor, o que traz prejuízos aos menores. A visitação de outros parentes tem reconhecimento doutrinário e jurisprudencial (v. Yussef Said Cahali, Divórcio e separação, cit., p. 951/957 e Fabio Bauab Boschi, Direito de visita, cit., p. 123 e ss, que apontam vários julgados sobre o tema). “Muito embora exista esse reconhecimento, embasado em direito natural dos envolvidos nessas relações, é relevante estabelecer norma legal a respeito, para sanar a lacuna existente”. Além do mais, faltou neste dispositivo regra pela qual a sentença de fixação das visitas possa ser alterada a qualquer tempo, já que, assim como na guarda, não faz coisa julgada material, mas somente formal, como está pacificado na doutrina e na jurisprudência (v. Yussef Said Cahali, Divórcio e separação, cit., p. 937 e ss. JTJ/SP 54/102, RT 433/100), razão pela qual proponho também o acréscimo do § 2º.¹³⁶

Apesar de a proposição datar de 12/06/2002 e ter se arrastado ao longo dos anos, ela foi arquivada em 17/03/2008 motivada pela falta de requerimento do autor, o que se tornou impossível de ocorrer dado o falecimento deste e a falta de interesse dos seus pares acerca do tema.

Importante enunciar nesse estudo que se encontra tramitando na Câmara dos Deputados o projeto de lei 2285/2007 denominado “Estatuto das Famílias”, cujo anteprojeto foi elaborado pelo Instituto Brasileiro do Direito de Família (IBDFAM) e o projeto, encaminhado pelo parlamentar Sérgio Barras Carneiro.¹³⁷

¹³⁵ Projeto de lei n.º 6.960/2002, Câmara dos Deputados, disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 7 jun. 2008.

¹³⁶ Idem.

¹³⁷ A íntegra do projeto está disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>>.

O IBDFAM justificou a nomenclatura do projeto como “Direito das Famílias” no plural por “dimensionar a amplitude e a abrangência social e, portanto, a contemplação das diversidades nas disposições do texto”.¹³⁸

A proposta prevê que o parentesco a ser considerado não será mais apenas o civil ou o advindo da adoção. Serão considerados também os laços de afeto, tidos como elemento básico para a convivência.

Não há no projeto expressa referência ao termo “visitas”. O tratamento é dado com a nomenclatura “convivência” e neste aspecto traz os seguintes artigos:

Art. 98. Os filhos não podem ser privados da convivência familiar com ambos os pais, quando estes constituírem nova entidade familiar.

Art. 100. O direito à convivência pode ser estendido a qualquer pessoa com quem a criança ou o adolescente mantenha vínculo de afetividade.

Parágrafo único. O direito à convivência familiar pode ser judicialmente suspenso ou limitado quando assim impuser o melhor interesse da criança.

Art. 102. As disposições relativas à convivência familiar dos filhos menores estendem-se aos maiores incapazes.¹³⁹

É perceptível que a proposta quanto à disciplina da convivência familiar é genérica. Talvez busque justamente atender aos requisitos enunciados por Caio Mário¹⁴⁰ para elaboração da lei, quais sejam: a ordem, a generalidade, universalidade e a permanência.

No âmbito deste estudo, entende-se que o texto carece de especificidade, com uma amplitude questionável, pois qualquer vínculo afetivo desenvolvido no âmbito familiar seria suficiente para lastrear o pedido de regularização de visitas.

¹³⁸ IBDFAM Notícias. *Primeira parte do Estatuto das Famílias já está pronta*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em: 30 jul. 2008.

¹³⁹ Projeto de lei 2.285/2007, Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>>. Acesso em: 30 jul. 2008.

¹⁴⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. 1. 2008, p. 64-65.

Diante da prática dos tribunais quanto aos reiterados pedidos de regularização pelos avós poderia ter sido elaborado um texto que contemplasse especificamente esta situação.

Como a discussão do projeto ainda está na fase inicial, em análise pelas comissões, é possível que ainda se faça alguma emenda ou substitutivo nesse sentido.

A necessidade urge pela disciplina do tema, mas a doutrina e a jurisprudência tendem a continuar ainda por muito tempo a dar sustentação à solução dos casos, haja vista o lento processo legislativo, a exemplo daquele deflagrado por Ricardo Fiúza.

Considerando as demandas sociais e os elementos aqui discutidos, por certo o legislador brasileiro não vai deixar de positivizar genuinamente uma regra tão importante para o direito de família; haverá de seguir exemplos como de Portugal e da França que, pelos ensinamentos de Euclides Benedito de Oliveira¹⁴¹, já contemplaram em norma a visita dos avós aos netos.

Vale lembrar que as transformações sociais não ficam adstritas aos pensamentos lastreados na filosofia Kelsiana (só tem valor o que foi positivado). Não tem sido esse o predomínio, até porque como leciona Paolo Grossi¹⁴², professor da università degli Studi di Firenze, Itália, “o pensamento jurídico não é escrito sobre tábuas sagradas; é escrito prevalentemente sobre as coisas; aliás, mais ainda, sobre coisas mutáveis da história humana”.

¹⁴¹ OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *Direito de visita dos avós aos netos*. São Paulo: complexo jurídico Damásio de Jesus, jun. 2008. Disponível em: <<http://www.damasio.com.br>> Acesso em 7 jun. 2008.

¹⁴² GROSSI, Paolo. *História da Propriedade e outros ensaios*. “Trad.” FRITOLI, Luiz Ernani e FONSECA, Ricardo Marcelo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 143.

CONCLUSÃO

As mudanças legislativas operadas pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002, reconhecendo como família toda comunidade formada por pais e filhos, unidos ou não pelos laços matrimoniais, impulsionaram a doutrina a admitir novas modalidades de convivência: a união estável, a monoparentalidade e a homoafetividade, trazendo a lume a importância dos avós em qualquer delas.

Compondo os novos modelos, a família singular ou matrimonializada, presente no Código Civil de 1916, cedeu lugar à família plural, constitucionalizada e regulamentada no Código Civil de 2002.

No plano da convivência, ao revés, o modelo de família ampliada (pai, mãe, filhos, avós, tios, primos etc.) evoluiu para a família nuclear (pais e filhos), que está novamente cedendo lugar a um novo modelo ampliado de convivência familiar em função da própria necessidade dos membros que a integram.

Não que serão encontradas famílias numerosas, mas com um novo jeito de ser, advindas dos processos de separação, novos casamentos ou com filhos adultos que não se casaram ou retornaram para a “casa dos pais”. O que se evidencia é que, em qualquer situação, haverá maior probabilidade da presença dos avós, preponderantemente dos avós idosos face ao crescimento da expectativa de vida no Brasil.

Em função da fragilidade dos laços conjugais, os avós tornaram-se para os netos um pólo de estabilidade familiar. Nos períodos de crise são eles que contribuem para tranquilizar as relações, seja pela autoridade moral perante os cônjuges, seja pela afetividade e compreensão dirigida aos netos. É verdade que também existe o oposto,

aqueles que se somam ao conflito aumentando a tensão familiar. Não se quer aqui idealizar figuras, sabe-se que há avós abusivos, negligentes ou destrutivos para a vida familiar. Mas a sociedade precisa volver os olhos para as relações positivas.

Após a dissolução da sociedade conjugal (em qualquer das suas formas) ou quando as famílias estão na situação de monoparentalidade, é perceptível os avós partilhando as responsabilidades atribuídas aos pais. Participam como cuidadores dos netos, dão suporte emocional e financeiro.

Mas, nos momentos de transição na vida dos filhos/noras ou filhas/genros passando da situação de “casados” para a de “separados”, a intensidade dos conflitos entre os cônjuges e as dores advindas do fim do relacionamento podem prejudicar ou até impedir a convivência entre avós e netos. Tudo fica na dependência de com quem está a guarda dos menores ou maiores incapazes.

O exercício da guarda única se mostra como principal meio pelo qual o guardião, se arvorando da qualidade de principal responsável pelos filhos, faz deles uma moeda de troca ou instrumento de punição contra aqueles que o contrariem, em especial os avós.

Impedir a convivência entre avós e netos é negar a possibilidade do intercâmbio geracional tão importante no processo de formação da personalidade das crianças e adolescentes. Porém, os pais nem sempre têm essa consciência, movidos que estão pelas próprias perdas emocionais deflagradas pelo processo de separação.

A formação e a permanência do vínculo com os avós podem significar num momento de crise a segurança e o apoio necessários para continuar acreditando que é possível ser feliz. Não são raros os casos em que crianças e adolescentes se sentem

culpados pela separação e infelicidade dos pais. E neste ponto a psicologia atribui à figura avoenga aquele “porto seguro” para onde os netos retornarão.

No desenvolvimento deste trabalho, ficou demonstrado que os avós não só têm o direito de se avistarem com os netos como é de extrema necessidade que o vínculo entre eles se solidifique.

Importante ressaltar que, quanto ao direito em si, não há divergências doutrinárias, elas só se apresentam no campo da fundamentação do pedido.

Nas ações de regularização das visitas dos avós aos netos, os requerimentos fundam-se no direito natural, na solidariedade familiar, na obrigação de parentesco, no melhor interesse da criança e adolescente e sobretudo no vínculo afetivo.

Juristas como Marilza Fernandes Barreto e Fábio Bauab Boschi admitem todos os fundamentos acima mencionados, numa conjunção de motivos. Porém, Silvio Neves Baptista não visualizou a possibilidade dos avós requererem o direito de visita aos netos, nem mesmo como direito natural. Para ele, a única possibilidade é o pedido baseado no direito de personalidade dos netos.

Por sua vez, a jurisprudência se formou através dos pedidos lastreados em qualquer dos fundamentos, na conjugação de alguns deles ou na justaposição de todos. Entretanto, ainda há julgadores presos a um exacerbado positivismo jurídico, que negam o direito de visita dos avós sob o argumento de que “é juridicamente impossível”, dada a ausência da norma.

A subjetividade do julgador vai definir o futuro de uma relação, amplamente definida por psicólogos como benéfica, a depender exclusivamente da sua orientação jurídica. Se julgar apenas nos limites do que a lei define, buscando a subsunção do fato

à norma, indeferirá. Se aplicar as demais fontes do direito, estará atento aos princípios e combinações legais necessários ao deslinde da questão.

Melhor seria admitir as ações com pedido de visita e perpassar as fases processuais, dando às partes a possibilidade das provas e contraprovas, até porque, se o entendimento for pelo prejuízo da relação para o menor (o que não se descarta) o pedido será indeferido.

A ausência da norma positivada garantindo “o direito de visita dos avós aos netos” traz grandes e sérios prejuízos e revela uma absurda contradição a envolver o papel dos avós na família. As transformações familiares indicam os avós como a principal figura solicitada (conforme demonstrado nesta pesquisa); no entanto, ainda não há disposição legal atinente ao tema. É inadmissível que na evolução temática das famílias uma questão de tamanha relevância venha sendo negligenciada.

Registrou-se neste trabalho que o projeto de lei 12.960/2002 de autoria do deputado Ricardo Fiúza buscava normatizar o direito de visita dos avós aos netos, porém, encontra-se adormecido nos arquivos da Câmara dos Deputados.

No entanto, renovaram-se as expectativas de tratativa do tema no “Estatuto das Famílias” que teve o projeto elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) e foi encaminhado na Câmara dos Deputados pelo parlamentar Sérgio Barradas Carneiro em 25 de outubro de 2007, sob o n.º 2285.

Foi divulgado que o projeto de lei contempla todas as atualizações jurídicas necessárias para consolidar e garantir os direitos das mais variadas configurações familiares do Brasil. Mas a discussão pode e deve ser mais abrangente.

Espera-se que, na disciplina dada pelo Estatuto à convivência lastreada nos vínculos afetivos, seja dada ênfase aos avós – esses personagens tão importantes na cadeia das gerações, seja pelo repasse das histórias familiares ou pela doçura que envolve a memória de tudo o que eles remetem: uma herança simbólica do que é bom e afável.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Andréa Moraes. Os idosos, as redes de relações sociais e as relações familiares. In: *Idosos no Brasil: vivências, desafios e expectativas na terceira idade*. NERI, Anita Liberalesso (Org.) São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2007.

ARAÚJO, Mayeve Rochane Gerônimo Leite e BRITO, Cristina Maria de Souza Dias. *Papel dos avós: apoio oferecido aos netos antes e após situações de separação/divórcio dos pais*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/epsic/v7n1/10957.pdf>>. Acesso em: 30 maio 2008.

ARISTÓTELES. *A Política*. 15. ed. São Paulo: Escala (s.d.).

BAPTISTA, Silvio Neves. Guarda e Direito de Visita. In: *Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte. IBDFAM: OAB-MG: Del Rey, 2000.

BARBOZA, Heloisa Helena. O Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. In: *Anais do II Congresso de Direito de Família – A Família na Travessia do Milênio*, PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). Belo Horizonte: IBDFAM: OAB-MG: Del Rey, 2000.

BARRETO, Marilza Fernandes. *Direito de Visita dos avós - uma evolução do direito de família*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1989.

BIRCHAL, Alice de Souza. A relação processual dos avós no direito de família: direito à busca da ancestralidade, convivência familiar e alimentos. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Afeto, ética, família e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Família*. Campinas: Millenium, 2002.

CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e Separação*. 11. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CARBONERA, Silvana Maria. *Guarda de filhos*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2000.

CASTRO, Lídia Rosalina Folgueira. *Disputa de Guarda e visitas: no interesse dos pais ou dos filhos?* São Paulo: Casa do Psicólogo, 2003.

COSTA, Maria Aracy Menezes da. *A obrigação alimentar dos Avós. Direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2005.

DIAS, Cristina Maria de Souza Brito e SILVA, Márcia Andréa Souza e. *Os avós na perspectiva de jovens universitários*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pe/v8nspe/v8nesa08.pdf>>. Acesso em: 30 maio 2008.

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

DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*, São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Dicionário Jurídico*. São Paulo: Saraiva, v. 4, 1998.

FALEIROS, Vicente de Paula. Cidadania: os idosos e a garantia de seus direitos. In: NERI, Anita Liberalesso (Org.). *Idosos no Brasil: Vivências, Desafios e Expectativas na Terceira Idade*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, Edições SESC SP, 2007.

FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO. Disponível em: <<http://www.fpabramo.org.br>>. Acesso em: 25 fev. 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil*. 10. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, v.1: parte geral, 2008.

GARCEZ, Sérgio Matheus. *O Novo Direito da Criança e do Adolescente*. São Paulo: E.V., 1994.

GRISARD Filho, Waldyr. *Guarda Compartilhada*. 2. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GROSSI, Paolo. *História da Propriedade e outros ensaios*. (Trad.) FRITOLI, Luiz Ernani e FONSECA, Ricardo Marcelo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GUIMARÃES, Giovane Serra Azul. *Adoção, Tutela e Guarda*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

HESPANHA, António Manuel Hespânia. *O direito dos letrados no império português*, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

IBGE. Estatísticas. Informação disponível em:
<<http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias>>. Acesso em: 30 jul. 2008.

IBDFAM Notícias. *Primeira parte do Estatuto das Famílias já está pronta*. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em: 30 jul. 2008.

JURISPRUDÊNCIA, TJMG. Disponível em <<http://www.tjmg.gov.br>>. Acesso em 30 jul. 2008.

JURISPRUDÊNCIA, TJSP. Disponível em <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 30 jul. 2008.

JURISPRUDÊNCIA, TJRS. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 30 jul. 2008.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias Monoparentais*. São Paulo: RT, 2003.

MADALENO, Rolf. O preço do afeto. In: _____. *A ética da Convivência Familiar*. PEREIRA, Tânia da Silva e PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Orgs.). Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MATTIA, Fábio Maria de. Direito de visita - direito de visita e limites à autoridade paterna. In: *Enciclopédia Saraiva do direito*. São Paulo: Saraiva, v. 77, 1977.

MEAD, Margaret. *Culture and commitment: a study of the generation gap*. New York: The American Museum of Natural History, 1970.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campo. *Direitos da criança e adoção internacional*. São Paulo: RT, 2004.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil - Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, v. 2, 1993.

MOTTA, María Inés Varela de. *Derecho de visitas*. 2. ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1992.

NAZARETH, Eliana Riberti. Guarda ou Responsabilidade Parental? Direito de visitas ou direito à convivência? O não dito. In: _____. *A Ética da Convivência Familiar*. PEREIRA, Tânia da Silva e PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). Rio de Janeiro, Forense, 2006.

NERI, Anita Liberalesso (Org.). Atitudes e preconceitos em relação à velhice. In: _____. *Idosos no Brasil: Vivências, Desafios e Expectativas na Terceira Idade*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, Edições SESC SP, 2007.

NERY, Rosa Maria. *O estado familiar de neto*. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 2006.

NICK, Sérgio Eduardo. Guarda Compartilhada: um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados. In: Barreto, Vicente (Coord.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *Direito de visita dos avós aos netos*. São Paulo: complexo jurídico Damásio de Jesus, jun. 2008. Disponível em: <<http://www.damasio.com.br>>. Acesso em: 7 jun. 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2008.

_____. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. 2, 1992.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Estudos de direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. *Direitos fundamentais e relações Familiares*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PEREIRA, Tânia da Silva e PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *A Ética da Convivência Familiar*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PEREIRA, Tânia da Silva. O Princípio do melhor interesse da criança: da teoria à prática. In: *Anais do II Congresso de Direito de Família - A Família na Travessia do Milênio*. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). Belo Horizonte: IBDFAM: OAB-MG: Del Rey, 2000.

PERROT, Michelle. *O nó e o ninho*. Revista Veja 25 anos: reflexões para o futuro, São Paulo, Abril, 1993.

PROJETO DE LEI n.º 6.960/2002, Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em 7 jun. 2008.

RAMPAZZO, Lino. *Metodologia científica*. São Paulo: Loyola, 2005.

RODRIGUES, Oswaldo Peregrina. A pessoa idosa e sua convivência em família. In: PEREIRA, Tânia da Silva e PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Orgs.). *A Ética da Convivência Familiar*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SERRANO, Pablo Jiménez. *Metodologia do ensino e da pesquisa jurídica*. Barueri-SP: Manole, 2003.

SIQUEIRA, Maria Eliane Catunda de. Velhice e políticas públicas. In: NERI, Anita Liberalesso [Org.]. *Idosos no Brasil: Vivências, Desafios e Expectativas na Terceira Idade*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, Edições SESC SP, 2007.

SOUZA, Ana Maria Viola de. *Tutela Jurídica do Idoso: a assistência e a convivência familiar*. Campinas, SP: Alínea, 2004.

VENTURI, Gustavo e BOKANY, Vilma. A velhice no Brasil: contraste entre o vivido e o imaginado In: *Idosos no Brasil: Vivências, Desafios e Expectativas na Terceira Idade*. NERI, Anita Liberalesso (Org.). São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2007.

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

VITALE, Maria Amalia Faller. Avós: velhas e novas figuras da família contemporânea. In: _____. *Família, redes, laços e políticas públicas*. ACOSTA, Ana Rojas e VITALE, Maria Amalia Faller (Org.). São Paulo: Cortez: Instituto de Estudos Especiais-PUC/SP, 2005.

**ANEXO A - JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DE SÃO PAULO**

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Com Revisão 5576414700
Ementa: Voto n.º 7.253. Regulamentação de visitas - visita dos netos pelos avós fora
do lar materno está apto a sobressair, pois, caso contrário, dificultaria o efetivo
exercício do direito. Presença da mãe poderá até mesmo frustrar a espontaneidade
entre a prole e os ascendentes. Convívio com a família paterna deve ser estimulado,
possibilitando o estreitamento dos laços afetivos. Agravo desprovido. (TJSP –
Agravo n.º 539591-4/6-00; Rel Natan Zelinschi de Arruda) Disponível em
<<http://cjo.tj.sp.gov.br/esaj/jurisprudencia/consultaCompleta.do>>. Acesso em: 30 jul. 2008. (*sic*)

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Com Revisão 5651224200 -
Ementa: Alimentos. Fixação observância do binômio necessidade-possibilidade
obrigação fixada contra avó paterna, já que o pai dos menores e falecido adequação avó
idosa, que responde por obrigação meramente suplementar dever de sustento ademais,
que e de ambos os genitores redução determinada recurso parcialmente provido.
Relator(a): Vito Guglielmi, Comarca: Osasco, órgão julgador: 6.ª câmara de direito
privado. Data do julgamento: 07/08/2008. Data de registro: 14/08/2008. Disponível em:
<<http://cjo.tj.sp.gov.br/esaj/jurisprudencia/consultaCompleta.do>>. Acesso em: 14 ago.2008. (*sic*)

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Com Revisão 5576414700
Ementa: Ação de alimentos dirigida contra o genitor e avô paterno. Genitores
incapazes de suportar integralmente o encargo de sustento dos filhos. Aplicação
do disposto no artigo 1.696 do Código Civil. Presença do binômio necessidade-
possibilidade. Sentença mantida. Recursos improvidos. Relator(a): Donegá Morandini
Comarca: São Paulo Órgão julgador: 3.ª Câmara de Direito Privado. Data do
julgamento: 29/07/2008 Data de registro: 13/08/2008. Disponível em
<<http://cjo.tj.sp.gov.br/esaj/jurisprudencia/consultaCompleta.do>>. Acesso em: 14 ago.2008. (*sic*)

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação com Revisão 5570404400
Ementa: Guarda de menor. Pedido da avó materna. Ausência de motivo
Excepcional para a transferência da guarda. Inteligência do art. 33, da lei n.º
8069/90. Improcedência do pedido. Relator(a): Adilson de Andrade Comarca:
Piracicaba Órgão julgador: 3.ª Câmara de Direito Privado. Data do
julgamento: 01 / 07 / 2008. Data de registro: 17 / 07 / 2008. Disponível em:
<<http://cjo.tj.sp.gov.br/esaj/jurisprudencia/consultaCompleta.do>>. Acesso em: 14 ago.2008. (*sic*)

**ANEXO B - JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DE MINAS GERAIS**

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Número do processo 1.0024.04.520921-0/001(1). Rel. Des. Caetano Levi Lopes. Ementa: Agravo de instrumento. Ação cautelar. Netos menores. Avô paterno. Direito de visita. Inexistência. Recurso provido. 1. o direito de visita fica circunscrito aos genitores, em relação aos filhos menores e para quem não é titular da guarda. Não se estende o referido direito aos avós. 2. Revela-se incorreta a decisão interlocutória que defere inexistente direito de visita a avô paterno. 3. Considerando que o pedido é juridicamente impossível, impõe-se o decreto de extinção do processo que veicula a respectiva ação cautelar. 4. Agravo de instrumento conhecido, provido e, de ofício, decretada a extinção do processo sem julgamento de mérito. Deram provimento para a extinção do processo (TJMG - Agravo n.º 1.0024.04.520921-0/001(1). Disponível em: <<http://www.tjmg.gov.br>>. Acesso em: 30 jul. 2008. (sic)

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Número do processo: 0702.03.066676-3/001(1) Relator: Pinheiro Lago. Ementa: Família. Regulamentação do Direito de Visita. Primazia dos interesses da menor. Injustificada resistência da genitora em promover e aceitar a convivência da menor em questão com o pai e os avós paternos, estes últimos prestadores, inclusive, de pensão à criança. Estudo social que aponta a necessidade da ampliação da convivência da menor com a família paterna, medida que se mostrará benéfica para todas as partes envolvidas. Recurso Provido. Súmula: Deram Provimento. Data do Julgamento 09/03/2004 Data da Publicação 20/05/2004. (sic)

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Relator: Dorival Guimarães Pereira. Ementa: constitucional, civil e processual civil - ação de regulamentação de visitas - avó - extinção do feito, sem resolução de mérito, por impossibilidade jurídica do pedido - direito natural - laços de convívio e afinidade - possibilidade - cassação da sentença - provimento da irrisignação - inteligência do art. 227 da constituição da república, art. 1.589 do código civil e art. 267, vi do cpc. Mostra-se juridicamente possível o ajuizamento de ação por avó, visando a regulamentação de visitas de sua neta, diante dos laços de convívio e afinidade havidos entre eles, postulação que se ampara em dispositivos constitucionais e infraconstitucionais. Data do Julgamento: 18/10/2007. Data da Publicação 02/11/2007. (sic)

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Número do processo: 1.0024.01.077149-1/001(1). Relator: HYPARCO IMMESI Ementa: eca - regulamentação de visitas - direito assegurado - prevalência do interesse dos menores - não há regras rígidas para disciplinar o direito de visitas, devendo sempre prevalecer o interesse dos menores. A regulamentação das visitas deve ser feita de modo

adequado, em horário compatível aos seus interesses (deles, menores). A normalização dessas visitas é indispensável, para que se evitem traumas que possam acarretar efeitos psicológicos negativos nos filhos do casal separado. Ademais, as visitas devem ser sistematizadas da forma que melhor concilie o direito dos pais com os lídimos e superiores interesses dos filhos. Data do Julgamento: 10/03/2005. Data da Publicação: 19/08/2005. Súmula: Negaram Provimento. (*sic*)

ANEXO C - JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL

Brasil. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 1. Tipo de processo: Agravo de Instrumento - Número: 590007191 - Não possui inteiro teor Decisão: Acórdão. Relator: Flávio Pancaro da Silva. Ementa: direito de visita entre avós e neto. Embora o Código Civil não contemple, de modo expresso, o direito de visita entre avós e netos, esse direito resulta não apenas de princípios de direito natural, mas de imperativos do próprio sistema legal, que regula e admite essas relações, como em matéria de prestação de alimentos (art. 397), de tutela legal. (art. 409, i) e de sucessão legítima (art. 1603), além de outros preceitos. o direito dos avós de visitarem os netos e de serem por eles visitados constitui, assim, corolário natural de um relacionamento afetivo e jurídico assente em lei. Decisão mantida. agravo improvido. Data de julgamento: 29/03/1990. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em: 30 jul. 2008.

Brasil. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul Tipo de Processo: Apelação Cível. número: 584015747 - Não Possui Inteiro Teor. Decisão: Acórdão Relator: Galeno Vellinho de Lacerda. Ementa: direito de visita entre avos e netos. O direito dos avós de visitarem os netos e de serem por eles visitados constitui corolário natural de um relacionamento afetivo e jurídico assente em lei. seu reconhecimento não fere preceitos constitucionais de proteção a liberdade. Sempre que o direito puder socorrer Valores morais, devera fazê-lo. (Apelação Cível n.º 584015747, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Galeno Vellinho de Lacerda. Julgado em 04/10/1984 Data de julgamento: 04/10/1984. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em: 30 jul. 2008.

Brasil. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Tipo de processo: apelação cível. Número: 583003504 - Não Possui Inteiro Teor. Decisão: Acórdão. Ementa: direito de visita entre avós e netos. embora não expresso no código civil, cumpre reconhecê-lo, por imperativo da lei natural. inexistente carência de ação em demanda proposta por avó com esse objetivo. Sempre que o direito puder socorrer valores morais, deverá fazê-lo. (apelação cível n.º 583003504, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS. Relator: Galeno Vellinho de Lacerda, Julgado em 17/03/1983. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em: 30 jul. 2008.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)