

A extensão do direito de visita com base no afeto: dignidade da pessoa humana e garantia de convivência familiar

DÉBORA CRISTINA MOTA BUÉRE XAVIER

Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2000). Especialista em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2003). Mestre em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (2008). Atualmente é assessora do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Professora de Direito de Família e Sucessões da Faculdade de Minas Gerais.

Resumo

Tomando por base a dignidade da pessoa humana, expressa também nos princípios da não-discriminação, da solidariedade e na atenção especial dedicada à criança e ao adolescente como indivíduos em desenvolvimento, a dissertação tem por escopo evidenciar o direito de visita dos parentes e das pessoas ligadas por laços de afetividade à criança e ao adolescente, embora não expresso na sistemática legal que regula as relações de família. Assim, diante dos princípios maiores que informam os interesses da criança e do adolescente e para preservação do núcleo familiar pautado pela lógica da afetividade, conclui salutar garantir o exercício do direito de convivência familiar à criança e ao adolescente.

Palavras-chave: Visitação; criança; adolescente; convivência familiar; afeto; dignidade da pessoa humana.

Abstract

Taking based on human dignity, expressed also in the principles of non-discrimination, solidarity and with special attention dedicated to the children and adolescents as development

subjects, the dissertation have, as scope, the right of relatives and people linked by ties of affection to the children and adolescents of visitation, although not expressed in the systematic legal governing the relations of the family. Thus, given the principles that inform the larger interests of children and adolescents and for preservation of the family guided by the logic of affection, concludes healthy ensure the right of coexistence familiar to children and adolescents.

Key-Words: Visit; child, adolescent; coexistence family; affection; dignity of the human person

Introdução

Uma das mais constantes preocupações do mundo contemporâneo tem sido a proteção à existência do próprio homem, de sua identidade, de seus valores, independentemente de sua raça, sexo, cor e idade.

Os questionamentos sobre o homem e sua dignidade, levados à reflexão ao longo dos tempos, foram responsáveis por grandes mudanças de paradigmas, fundamentais à concretização dos direitos fundamentais¹.

Observou-se, outrossim, que as normas de Direito Privado muitas vezes não garantiam a efetiva proteção aos direitos fundamentais, talvez diante da complexidade das relações humanas ou da própria incapacidade do próprio Estado em prever e regular todas as situações capazes de violar o pleno exercício dos direitos fundamentais.

No século XX, a Constituição passou a ser o eixo do Direito, e, por conseguinte, guardiã dos direitos individuais e sociais, da liberdade, do bem-estar, da justiça e da igualdade, além de tutelar os valores positivados na sociedade através dos princípios constitucionais.

A Constituição Brasileira de 1988 (CRFB/1988)² estabeleceu nova ordem jurídica, responsável pela promoção da “cons-

titucionalização do Direito Civil”³, refletindo profundamente no Direito de Família⁴, ao mesmo tempo em que representou marco de suma importância para o surgimento de um novo modelo de família, pautado em princípios constitucionais.

Pode-se dizer que o fenômeno da constitucionalização fez com que o Código Civil deixasse de exercer o papel de lei fundamental do Direito de Família⁵.

Diante desse raciocínio Maria Celina Bodin de Moraes esclarece que o direito constitucional representa o conjunto de valores sob os quais se constrói, na atualidade, o pacto da convivência coletiva, função outra exercida pelos órgãos civis, e que o maior problema do Direito tem sido o de fundar um compromisso entre os valores fundamentais e os espaços de liberdade dos indivíduos.

A Constituição, na contemporaneidade, passou a tutelar as relações familiares, através dos princípios da dignidade, da solidariedade e da não-discriminação, principalmente no que se refere à criança e ao adolescente.

Aliás, a este respeito lembra Maria Celina Bodin de Moraes:

Diante da nova Constituição e da proliferação dos chamados microsistemas, como, por exemplo, a Lei do Direito Autoral, e recentemente,

¹PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores para o Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 30 *et seq.*

²BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* [1988]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 18 jun. 2007.

³A esse respeito, MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um Direito Civil Constitucional. *Revista de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 65, p. 23 *et seq.*

⁴PEREIRA, Tânia da Silva. Famílias possíveis: novos paradigmas na convivência familiar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 633.

⁵ (MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um Direito Civil Constitucional. *Estado, Direito e Sociedade*. Rio de Janeiro: Departamento de Direito da PUC-RIO, V. 1, p. 4, 1991).

o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei das Locações, é forçoso reconhecer que o Código Civil não mais se encontra no centro das relações de direito privado. Tal pólo foi deslocado, a partir da consciência da unidade do sistema e do respeito à hierarquia das fontes normativas, para a Constituição, base única dos princípios fundamentais do ordenamento.⁶

Assim, o reconhecimento normativo dos princípios constitucionais representou grande evolução, que desencadeou a interpretação da Constituição como um sistema aberto de princípios e regras.

O professor Rodrigo da Cunha Pereira, seguindo a mesma linha de pensamento, assevera:

Independente de se considerar o Código Civil brasileiro de 2002 bom ou ruim, avançado ou ultrapassado, é ele o estatuto jurídico que regerá as relações civis deste século. De qualquer forma, várias alterações estão sendo providenciadas para que se aproxime um pouco mais do desejável para uma legislação, especialmente na parte referente à família. Entretanto, por mais que se aproxime do desejável ele jamais será uma fonte satisfatória do direito. Ele só se aproximará do ideal de justiça se estiver em consonância com uma hermenêutica constitucional e de acordo com os princípios gerais do direito e também com os

princípios específicos e particulares do Direito de Família [...].⁷

Porém, mesmo com a existência de previsão constitucional de garantias dos direitos fundamentais, as dificuldades de sua efetiva aplicação em favor do indivíduo tornaram-se constante realidade.

Na verdade, a reflexão quanto à extensão do direito de visita, sob o prisma da dignidade da pessoa humana e da garantia de convivência familiar, tem o escopo de privilegiar as relações humanas e favorecer a união das pessoas envolvidas por meio da afetividade.

Cumprе salientar que a criança e o adolescente há muito deixaram de ser objeto das relações jurídicas, de disputa dos pais – enfim, seres sem identidade⁸ –, para se tornarem sujeitos titulares de direitos próprios⁹, ou seja, de direitos individuais civis, políticos, sociais e culturais, merecedores de especial proteção do Estado, a quem, por sua vez, cabe o dever de assistir a família na pessoa de cada um de seus integrantes.

Portanto, nessa nossa discussão, abordaremos não a família em seu sentido restrito (núcleo formado pelos pais e filhos), mas aquela protegida pelo Estado, a família em seu sentido amplo – ou seja, todos os indivíduos ligados pelo vínculo da consanguinidade (unidos pelo parentesco), da afinidade (incluindo-se os ascendentes, descendentes e colaterais do cônjuge), como também aqueles ligados pela afetividade.

Partindo-se do conceito de família como um agrupamento, uma comunidade de indivíduos ligados por laços de afeto, solidarie-

⁶Loc. cit.

⁷PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores para o Direito de Família*, cit., p. 8.

⁸ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção sobre os Direitos da Criança, 1989, *apud* TAVARES, José de Farias. *Direito da infância e da juventude*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 32 *et seq.*

⁹TAVARES, José de Farias. *Direito da infância e da juventude*, cit., p. 32 *et seq.*

dade, experiências e projetos de vida, deparar-se-á com alguns princípios de suma importância para a garantia do direito de visita do menor: o princípio da dignidade humana, previsto no artigo 1º, inciso III da CRFB/1988, trazido para o âmbito da criança e do adolescente através do artigo 227; o princípio da não-discriminação; o princípio da solidariedade; o princípio da afetividade.

O artigo 227 da CRFB/1988, berço dos direitos humanos fundamentais, individuais e sociais da criança e do adolescente, trouxe novos contornos ao Direito da Infância e da Juventude¹⁰.

O princípio da dignidade da pessoa humana¹¹ pressupõe a construção de respeito à sua liberdade, ao mesmo tempo em que reconhece o menor em sua particularidade e singularidade.

O princípio jurídico da afetividade, fundante do direito à convivência familiar, pauta-se, sobretudo, no macroprincípio da dignidade da pessoa humana, que preside todas as relações jurídicas, além de proteger o desenvolvimento digno dos indivíduos integrantes da família.

Daí o surgimento do direito à convivência familiar¹² como forma de propiciar o ambiente ideal para o desenvolvimento e a construção da identidade da criança e do adolescente.

A convivência familiar e a extensão do direito de visita

O melhor interesse da criança na convivência familiar

A doutrina da proteção integral à população infanto-juvenil tende a preservar os laços familiares, uma vez que o ambiente ideal para o desenvolvimento da criança e do adolescente é o seio da família, local de vivência do amor, da criação de vínculos, da superação de obstáculos, da troca de experiências.

Segundo Sílvio de Salvo Venosa, “O Direito Civil Moderno apresenta uma definição mais restrita, considerando membros da família as pessoas unidas por relação conjugal ou de parentesco”¹³, ou seja, o núcleo básico formado por pais e filhos.

A CRFB/1988, em seu artigo 226, parágrafo 4º, estendeu sua tutela à denominada família monoparental: “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.”¹⁴

Para Maria Celina Bodin de Moraes, a tendência da instituição familiar contemporânea é a de se tornar um grupo baseado mais em sentimentos e em valores compartilhados.

¹⁰TAVARES, José de Farias. *Direito da infância e da juventude*, cit., p. 60 et seq.

¹¹TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 61. Sobre o tema, também na doutrina, ALVES, Cleber Francisco. *O princípio constitucional da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da Igreja*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, n. 9, p. 3-24, jan./mar. 2002; BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio constitucional da dignidade humana*. São Paulo: Freitas Bastos, 1999; SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas / Atlas, n. 212, p. 89-94, abr./jun. 1998.

¹²TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*, cit., p. 132 et seq. Sobre direito à convivência familiar, v. PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 174.

¹³VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 7. ed., 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007, p. 1. Coleção Direito Civil, v. 6.

¹⁴BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, cit.

dos, independentemente de laços consanguíneos¹⁵.

A família há de ser considerada não apenas no sentido restrito, aquela composta por pai, mãe e filhos, mas no sentido amplíssimo, considerando nela incluídos todos os indivíduos ligados por laços de afetividade, comunhão de vida, solidariedade e respeito.

Atualmente, a família é um núcleo de afetividade, e, no dizer de João Batista Vilela, passou a ser “um núcleo de companheirismo e serviços das próprias pessoas que constituem um espaço em que cada um busca a realização de si mesmo, através do outro ou de outros, onde reina a camaradagem”¹⁶.

Maria Berenice Dias, com grande propriedade, afirma:

A nenhuma espécie de vínculo que tenha por base o afeto se pode deixar de conferir o status de família, merecedora da proteção do Estado, pois a Constituição Federal, no inc. III do art. 1º, consagra, em norma pétrea, o respeito à dignidade da pessoa humana.¹⁷

Contribuição excepcional para a conceituação de família adveio com a Lei nº 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, de combate à violência doméstica e

familiar contra a mulher, que, em seu artigo 5º, incisos I e II, dispõe:

Art. 5º. Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I – no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II – no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

[...]

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.¹⁸

Verifica-se que o legislador andou acertadamente ao ampliar o espaço de proteção dos indivíduos e ao definir unidade doméstica e familiar.

¹⁵MORAES, Maria Celina Bodin de. A família democrática, *cit.*, p. 617.

¹⁶VILLELA, João Batista. A família hoje. In: BARRETO, Vicente (Coord.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 71.

¹⁷DIAS, Maria Berenice; SOUZA, Ivone M. C. Coelho de. Famílias modernas: (inter)secções do afeto e da lei. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, v. 4, p. 273-280, 2003. Também disponível em: *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 8, jan./mar. 2001, p. 62-69; CD-ROM *Juris Síntese Millennium*. Porto Alegre: Síntese, n. 40, abr. /maio 2003 e n. 41, maio /jun. 2003; *Juliana Gontijo e Fernando Gontijo* (Disponível em: <<http://www.gontijo-familia.adv.br>>. Acesso em: 26 ago. 2003); *Trinolex* (Disponível em: <<http://www.trinolex.com/artigosview.asp?id=201&icaso=artigos>>. Acesso em: 16 jul. 2004).

¹⁸BRASIL. *Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006*. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/_ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 26 jan. 2008 (grifos nossos).

No que se refere ao conceito de família, “comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa”¹⁹, o legislador trouxe a definição do formato atual dos vínculos afetivos, não mais limitados ao casamento, mas formados por indivíduos unidos por outras formas de laços de afeto.

Nesse contexto, tem o Estado o dever de proteção à família, eis que reconhecida como base da sociedade, assegurando assistência à pessoa de cada um dos que a integram e criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações, conforme disposto no artigo 226, parágrafo 8º da CRFB/1988. Essa é a preocupação atual da sociedade, diante das inúmeras transformações que vêm ocorrendo na reprodução e na perpetuação da espécie em face dos novos avanços da biotecnologia; na formação e transmissão de valores, costumes e regras, partilhadas por outros agentes socializadores, como a escola e a televisão; na coordenação dos limites, transformados devido à crise de autonomia da função econômica provedora, antes atribuída ao pai, mas hoje dividida com a mulher e os filhos²⁰.

O direito à convivência familiar, previsto no artigo 227 da CRFB/1988, é um dos direitos da personalidade da criança e do adolescente – portanto, direito essencial.

Anota com propriedade Martha de Toledo Machado a respeito da institucionalização da criança:

A personalidade humana não se desenvolve, nas suas potencialidades mínimas e básicas, nas instituições totais, basicamente porque a criança não cresce sadiamente sem um vínculo afetivo estreito com um adulto, o que é impossível de se dar em tais instituições.²¹

Tem-se por instituições totais as casas de recolhimento ou internato criadas para receber crianças e adolescentes que têm restritos os seus direitos de ir e vir e sua capacidade de decisão. Esse fechamento possibilita o controle do grupo, em face do tratamento disciplinar e de controle para evitar transgressões às normas impostas, mas não o desenvolvimento psicossocial recomendável a pessoas em situação peculiar²².

Assim, tem-se duas disposições constitucionais fundamentais a favor da proteção dos direitos fundamentais da população infanto-juvenil: os artigos 226 e 227 da CRFB/1988, fundantes da noção de dignidade humana e convivência familiar, responsáveis, como visto, pelo ECA, em especial em seus artigos 19 e 25²³.

Uma das bases do direito à convivência familiar é a doutrina de proteção integral,

¹⁹DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça*, cit., p. 43.

²⁰NOVAES, Maria Helena. *A convivência entre as gerações e o contexto sociocultural*, cit., p. 225.

²¹MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional das crianças e adolescentes e os direitos humanos*. Barueri, SP: Manole, 2003, p. 54

²²Sobre o assunto, consultar GOFFMAN, Erwing. *Manicômios, prisões e conventos*. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1961.

²³Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituída, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes. Art. 25. Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes (BRASIL. *Lei nº 8.069*, cit.).

que repousa no reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direito, com atributos distintos da personalidade do adulto, já que portadores de direitos especiais em relação a este.

A convivência familiar deve se pautar em uma ética humanitária, de responsabilidade social, de cooperação solidária e de respeito ao próximo, para o estabelecimento de vínculos interpessoais duradouros que propiciem elevação da auto-estima e bem-estar psicossocial.

Portanto, em face dos princípios que norteiam o Direito de Família é encontrado o fundamento do direito de visita aos parentes e aos indivíduos ligados por laços de afetividade.

Diante do laço afetivo de convívio, embora não expresso na sistemática das leis que regulam as relações de família, é evidente o direito de os parentes – e as pessoas ligadas por laços de afetividade – se avistarem com as crianças e os adolescentes, direito esse fundado na solidariedade familiar e nas obrigações oriundas do parentesco, como é o caso dos avós, unidos aos netos inclusive por vínculos jurídicos: além da obrigatoriedade da prestação de alimentos, os avós podem ser nomeados tutores dos netos na falta dos pais, de acordo com o artigo 1.697 do Código Civil de 2002 (CC/2002)²⁴.

Rodrigo da Cunha Pereira fundamenta o afeto amparado pelo discurso psicanalítico de Freud, que, segundo ele, introduziu nova noção de relação conjugal. A não-obrigatoriedade de vínculos conjugais resultou da consideração do sujeito de desejos, mais ampla e abrangente do que a própria noção de sexualidade, de início permeada

pela genitalidade e atualmente contemplada pela ordem do desejo²⁵.

Assim é que os vínculos conjugais passaram a ser valorizados e sustentados no amor e no afeto, razão pela qual o Direito de Família passou a atribuir ao afeto um valor jurídico.

Euclides de Oliveira, iniciando análise da ascensão do afeto no Direito de Família, afirma: “Típica manifestação do afeto, a aproximação física e espiritual das pessoas constitui o primeiro passo na escalada do relacionamento familiar humano.”²⁶ O afeto é um dos elementos estruturantes da relação familiar.

Essa aproximação entre os menores e os indivíduos a eles ligados pelo afeto não fere o poder familiar dos genitores, considerando-se que a visitação é exercida nos limites do interesse do menor, ou seja, na possibilidade de ver e estar com o mesmo sem, contudo, poder fiscalizar ou participar de forma efetiva da sua educação, contrariamente ao que acontece com o genitor que não detém a guarda, que pode – e deve – participar, e ativamente, desse processo.

Assim, diante dos princípios maiores que informam os interesses da criança e do adolescente e visando a preservação do núcleo familiar, mostra-se imprescindível à criança e ao adolescente a garantia do salutar exercício do direito de convivência familiar.

A dimensão dos vínculos afetivos

Abordou-se até o momento a importância do afeto familiar na estruturação da per-

²⁴BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 5 jan. 2008.

²⁵PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores para o Direito de Família*, cit., p. 9.

²⁶OLIVEIRA, Euclides de. A escalada do afeto no Direito de Família: ficar, namorar, conviver, casar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família: família e dignidade humana*. Belo Horizonte: IBDFam, 2006, p. 315.

sonalidade. No entanto, não é só a família que exerce papel fundamental no processo de amadurecimento da criança e do adolescente. A escola, as amizades e a vida em sociedade estimulam a capacidade de viver harmoniosamente, possibilitando à criança e ao adolescente a criação de laços afetivos significativos com outras pessoas que não os familiares. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência, não do sangue. A grande dificuldade dos que lidam com o Direito de Família é justamente enxergar o indivíduo em toda a sua “dimensão antológica, a ela subordinando as considerações de caráter biológico ou patrimonial. Os sujeitos de direitos são mais que apenas titulares de bens”²⁷.

Verificou-se que um novo repensar acerca da criança e de seu bem-estar exigiu o reconhecimento da vida sob a comunhão da afetividade, e não apenas dos laços formais²⁸.

Partindo do pressuposto de que cuidar dos interesses do menor consiste na preservação de sua estrutura psicoemocional, necessária é a constatação da dimensão dos vínculos, inclusive os afetivos, para que suas referências não se percam. Essa preservação tem o escopo de evitar mudanças bruscas e negativas na vida da criança.

Maria Berenice Dias afirma:

Os vínculos afetivos são da ordem do desejo, impulso para a vida que remete à necessidade de completude. São fenômenos naturais, que sempre existiram, independentemente de regras ou tabus e bem antes da formação do Estado e do surgimento das religiões.²⁹

A dimensão dos vínculos e afetos da criança será aferida a partir da continuidade dos seus laços afetivos, da preservação do seu ambiente e da sua vida social, além da manutenção do seu espaço, respeitando-se a sua liberdade e, sobretudo, considerando-se a relevância desses referenciais para garantir-lhes o bem-estar.

Observa Maria Celina Bodin de Moraes: “A autoridade parental dilue-se na noção de respeito à originalidade da pessoa [do filho], valorizando-se outras qualidades que não a obediência e a tradição.”³⁰ No interior do seio familiar, as decisões são tomadas por meio da comunicação entre os envolvidos, quando marido e mulher buscam o consenso; entre pais e filhos, é também imprescindível o diálogo, porque a família se tornou espaço de igualdade, de liberdade³¹, como expressão das individualidades, e de solidariedade, como espaço de suporte e de ajuda mútua³² entre seus membros.

²⁷LOBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. *Revista de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, n.19, p. 184, ago./set. 2003.

²⁸FACHIN, Rosana. Em busca da família no novo milênio. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família: família e cidadania. O novo CCB e a vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey / IBDFam, 2002, p. 60.

²⁹DIAS, Maria Berenice. A estatização das relações afetivas e a imposição dos direitos e deveres no casamento e na união estável. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família: família e cidadania. O novo CCB e a vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey / IBDFam, 2002, p. 301.

³⁰MORAES, Maria Celina Bodin de. A família democrática, *cit.*, p. 619.

³¹O ECA nos artigos 15, 16, 17 e 142, parágrafo único, protege a liberdade das crianças e dos adolescentes, na medida em que prevê que o poder familiar será exercido respeitando a autonomia individual, como pessoas em estágio de desenvolvimento.

³²Sobre o princípio jurídico da solidariedade, v. MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: PEREIRA, Antonio Celso Alves; MELLO, Celso de Albuquerque (Orgs.). *Estudos em homenagem a Carlos Menezes Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 527-556.

O Direito de Visita de – e a – Crianças e Adolescentes

No Brasil, a exemplo das outras constituições internacionais, a CRFB/1988 positivou as novas conquistas sociais, principalmente no que se refere à proteção da dignidade da pessoa humana, construída como fundamento do Estado Democrático de Direito, prevista em seu artigo 1º, inciso III.

Art. 1. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III – a dignidade da pessoa humana;³³

Nesse diapasão, democracia é, conforme se infere cristalinamente do Preâmbulo e do parágrafo único do artigo 1º da CRFB/1988, e oportunamente lembra Paulo Bonavides, aquela

[...] forma de exercício da função governativa em que a vontade soberana do povo decide, direta ou indiretamente, todas as questões do governo, de tal sorte que o povo seja sempre o titular e o objeto, a saber, o sujeito ativo e o sujeito passivo de todo poder legítimo.³⁴

O direito de visita da criança e do adolescente aos parentes e aos indivíduos ligados por laços de afetividade, e destes àqueles,

embora não previsto de forma expressa na legislação brasileira, está agasalhado pelos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e do melhor interesse da criança, e ainda no amparo à “família democratizada”.

Paulo Luiz Netto Lobo ressalta a mudança verificada com relação à infância e à juventude frente ao artigo 227 da CRFB/1988, que estabeleceu seus direitos humanos, fundamentais, individuais e sociais, oponíveis contra o Estado, a sociedade e a comunidade em geral, como também os pais e seus substitutos, e ainda todos os familiares: “Não é um direito oponível apenas ao Estado, à sociedade ou a estranhos, mas a cada membro da própria família.”³⁵

É prudente ressaltar que a regulamentação de visitas tem por escopo principal atender aos interesses da criança e do adolescente, e não aos anseios dos adultos envolvidos, já que se destina a proporcionar aos infantes uma oportunidade de convivência que lhes assegure a boa formação físico-psicológica.

Nesse sentido é a lição de Sílvio Neves Baptista:

O direito de visita – melhor seria direito à visita – consiste no direito de ser visitado, e não no direito de ir visitar o outro. A expressão ‘direito de visita’ deve ser interpretada como a faculdade que alguém tem de receber visita, quer de pais, quer de parentes e amigos. Não é, pois, um direito do pai em relação ao filho, de acordo com o generalizado entendimento, mas um direito

³³BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, cit.

³⁴BONAVIDES, Paulo. Democracia direta, a democracia do terceiro milênio. In: _____. *A Constituição aberta*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 17.

³⁵LOBO, Paulo Luiz Netto *et al.* *Atualidades jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 1999.

do filho em relação ao pai que não tem a guarda, ou em relação a toda e qualquer pessoa cuja conveniência lhe interessa. Não pode assim ser entendido como uma extensão do poder parental.³⁶

Participação afetiva da família

Verificou-se que a família é um núcleo de afetividade, de amizade e de histórias de vida, importantíssimo para o desenvolvimento saudável da criança e do adolescente, razão pela qual o ambiente familiar deve ser preservado. Tem-se por ambiente familiar aquele desenvolvido por pessoas que se inter-relacionam de maneira regular e recorrente, ligadas por laços naturais de parentesco, por afinidade, por vontade expressa ou por afetividade.

Em relação aos avós, diante do laço afetivo de convívio, bem ressaltou Washington de Barros Monteiro:

Embora não consignado expressamente na sistemática de 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.³⁷

Ao demais, além dos laços de parentesco, os avós estão unidos aos netos por vínculos jurídicos (artigo 1.697 do CC/2002).

Quanto à possibilidade de visitas dos avós, Arnaldo Rizzardo discorre sobre a recomendação de não-afastamento dos netos, seres em formação, considerando-se que a convivência decorre de um direito natural, ínsito na natureza humana, em face da segurança e do amparo que os avós representam, frente, algumas vezes, à inaptidão e ao desinteresse dos pais³⁸.

Em decisão proferida pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em 15 de junho de 1982, já se tratava sobre o direito de visita de tias à sobrinha³⁹. De parte do voto do Desembargador, constou:

[...] O Direito de visitas a filho não estava previsto no Código Civil. Foi a Lei 4.121/62 que, dando nova redação ao § 2 do art. 326 do citado Código, introduziu em nossa legislação esse direito – que pode ser considerado direito natural, resultante da paternidade e da maternidade – reconhecido anteriormente pela jurisprudência. Todavia, a Lei 6.515/77 revogou o citado dispositivo legal, estabelecendo em seu art. 15 o direito dos pais que não tem a guarda do filho menor a tê-lo em sua companhia. Assim, seja por construção jurisprudencial, seja por disposição legislativa, foi reconhecido o direito de visita aos ascendentes. A

³⁶BAPTISTA, Sílvio Neves. A família na travessia do milênio. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família: família e cidadania. O novo CCB e a vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey / IBDFam, 2000, p. 294.

³⁷MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, V. 2: Direito de Família, 1998, p. 235.

³⁸RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 268-269.

³⁹RIO DE JANEIRO (Estado). Apelação Cível nº 22.164. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 71, v. 562, p. 189-192, ago. 1982.

Jurisprudência avançou, antecipando-se ao legislador, que até a presente data não dispôs sobre tal matéria, ao reconhecer aos avós o mesmo direito. Mas reconheceu aos avós como ascendentes. O direito não foi ainda reconhecido a tio, principalmente no caso de sobrinha órfã de pais e mãe, circunstância que de vê ser levada em conta no deslinde da questão.

O direito em causa decorre do vínculo de consangüinidade. Mas dessa fonte não se pode determinar quais os parentes que têm direito a visitas. Inegável terem-no os pais e, como ascendentes, os avós, que eram os chefes de família em Roma. Assim, servindo-se do argumento histórico, chegar-se-á ao direito do avô.

Mas de tal argumento não se chega ao do tio. Para reconhecê-lo, tem-se que partir da noção e da função de família. Destarte, é do argumento sociológico que se poderá encontrar a solução.

[...] A “história” das famílias formase com a convivência das sucessivas gerações, até que a morte não mais permita, e quando ela interrompe a vida de um de seus membros, os que ficam oralmente recordam o passado, conservando vivo o traço cultural, configurativo da família. [...]

Esses traços culturais, oriundos de cada família, apesar das transformações sociais e do conflito de gerações, encontram-se presentes na

conduta de seus membros, seja no modo de ser, de se conduzir, decidir pensar e moralmente julgar [...].

[...] o contato com a família materna ou paterna não deve ser cortado, porque hereditariamente pertence ao menor a essas famílias e já se encontrava em processo de socialização [...]. Cortá-lo é correr o risco de provocar no futuro traumas psicológicos de gravidade inegável, em época em que a família está em crise. [...] Isolá-la do ambiente cultural e social de sua família de origem para contribuir para a “desorganização” da personalidade da criança ao impor a ela, pela educação, padrões diversos dos de origem, levando-a na adolescência a conduta de desvio, no sentido sociológico. Por isso, é prejudicial isolá-la dos colaterais, depositários de parcelas do reservatório espiritual familiar.⁴⁰

Destarte, nas relações familiares, a convivência familiar entre seus membros é salutar.

Participação de outras pessoas ligadas por laços de afetividade

Certo é que o rompimento do convívio com pessoas com as quais a criança e o adolescente mantêm forte vínculo afetivo pode provocar conseqüências de ordem psicológica, comprometendo o seu desenvolvimento saudável, em face do sentimento de abando-

⁴⁰RIO DE JANEIRO (Estado). Apelação Cível nº 22.164, *cit.* A jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais encampa esse entendimento: Ementa: Ação de Regulamentação de Visitas – Interesse do Menor – Preservação – Convivência com Familiares Paternos – Necessidade. Em ação de regulamentação de visitas, imperiosa a preservação dos interesses do menor, de forma a possibilitar sua convivência com os familiares paternos. Rejeitada a preliminar, nega-se provimento ao recurso. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo Nº 000.286.182-1/00 – Comarca De Rio Novo. Rel. Des. Kildare Carvalho. Disponível em: <<http://www.tjmg.gov.br>>. Acesso em: 28 nov. 2007).

no que, por certo, irá comprometer o seu desenvolvimento.

Quanto ao direito estrangeiro, o Código Civil Português, aprovado pelo Decreto-Lei n. 47.344, de 15 de novembro de 1966, prevê, em seu artigo 1.887-A (aditado pela Lei n. 84/95, de 31 de agosto de 1995): “Os pais não podem injustificadamente privar os filhos do convívio com os irmãos e ascendentes.”⁴¹

O Código Civil Francês prevê expressamente a extensão do direito de visita aos avós, a outros parentes e ainda a outras pessoas, conforme se lê no artigo 371-4:

O pai e a mãe não podem, salvo por motivos graves, opor obstáculos às relações pessoais entre o menor e seus avós. Na falta de acordo entre as partes, essas relações serão regulamentadas pelo juiz de família.

Em caso de situações excepcionais, o juiz de família pode estabelecer um direito de correspondência ou de visita a outras pessoas, parentes ou não.⁴²

No Brasil, a Lei Maria da Penha⁴³, em seu artigo 5º, supriu a lacuna na legislação, reconhecendo a família constituída por vontade expressa e permitindo interpretação no sentido de se englobar casais homossexuais ou pessoas ligadas por laços de afetividade que se inter-relacionam de maneira regular e recorrente.

Assim, nada mais natural que a extensão do direito de visita a todos os indivíduos que se vinculem uns aos outros por laços de afetividade, naturais, por afinidade ou por vontade expressa, em um espaço de conví-

vio permanente, com ou sem vínculo familiar, desde que, no caso das crianças e adolescentes, nos limites do seu melhor interesse e de sua proteção integral.

Nesse sentido, é justo estender-se o direito de visita também à babá, ao empregado doméstico ou a qualquer outra pessoa que mantenha estrita relação de afetividade com a criança e o adolescente; em relação aos primeiros, a própria função que exercem possibilita pressupor relação de confiança por parte dos genitores, caso tenham sido privados repentinamente do convívio com os jovens.

Cumprе salientar que cabe, aos indivíduos privados da convivência com a criança e o adolescente, diante da garantia constitucional de acesso à justiça, promover ação judicial para regulamentação de visitas, direcionada ao juízo da Família.

Solução, valoração e aplicação pelo juiz

Adotado pelo Código de Processo Civil (CPC) em seu artigo 131, o sistema do livre convencimento – ou do convencimento motivado, ou ainda da persuasão racional – possibilita ao juiz apreciar livremente a prova, desde que não se firam os princípios da licitude (CRFB/1988, artigo 5º, inciso LVI) e da moralidade. Partirá sempre dos elementos constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, devendo, porém, indicar na sentença os motivos que lhe formaram o convencimento, segundo o artigo 93, inciso IX da CRFB/1988.

⁴¹PORTUGAL. *Código Civil*. Coimbra: Coimbra, 1999.

⁴²FRANCE. *Code Civil*. 99. ed. Paris: Dalloz, 2000.

⁴³BRASIL. *Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, cit.*

Assim, tem o juiz ampla liberdade para conferir às provas, na sua apreciação, o valor que entender adequado para a formação da sua convicção, eis que as provas não têm tarifação específica (valor legal).

O papel do intérprete é dar vida aos textos, revelando não só o sentido, mas também o alcance integral dos mesmos. Por conseguinte, não basta determinar a finalidade prática da norma a fim de reconstituir o seu verdadeiro conteúdo; cumpre verificar se o legislador, em outras disposições, já revelou preferências por um meio, em lugar de outro, para atingir o objetivo colimado; se isto aconteceu, deve-se dar primazia ao meio mais adequado para atingir aquele fim de modo pleno, completo e integral.

Conclui-se, do exposto, que o objetivo final da norma jurídica não é constante, absoluto, eterno e único. Valerá como justificativa deste acerto o fato, referido por vezes, de compreensão do sistema de interpretação a respeito da concepção do próprio Direito, eis que dinâmica é a sociedade.

No que se refere à família, o papel do julgador tem importância fundamental, considerando-se que os pronunciamentos do Judiciário, por ações ou omissões, acabam contribuindo para a formulação ou reformulação de conceitos relativos à família. Cada pretensão deduzida em juízo evidencia sua particularidade e sua singularidade, que compõem as crises familiares, arraigadas de componentes emocionais, a serem decididas pelo julgador⁴⁴.

Desta feita, o equilíbrio familiar somente será atingido se o rancor, guardado de frustrações, for elaborado por cada um, sem permitir, contudo, que esse sentimento interfira na relação pai / mãe / filhos, porque o

comportamento de extrema invasão ao “outro” prejudica a relação familiar de todos os membros da família.

A saudável relação pai / mãe, com a manutenção do diálogo civilizado e necessário entre eles, é imprescindível para a harmonia familiar. A criança e o adolescente necessitam permanecer ausentes de todo e qualquer problema gerado pela relação homem / mulher, pois essa intimidade poderá gerar para os jovens desconforto e instabilidade psicoemocional.

O acesso às questões processuais ou às falas deste, e mesmo às demonstrações de rancor por algum membro familiar, confunde a criança, criando nela instabilidade e temor de agir naturalmente. Com idade suficiente para perceber – mas não para compreender – tudo o que ocorre no âmbito familiar, os filhos precisam ser isentados de opiniões emocionais ou comportamentais em tudo o que diz respeito à relação em questão.

Para garantir o direito fundamental à convivência familiar nas questões atinentes à criança e ao adolescente, o julgador deve atender ao princípio do melhor interesse, como lembra Flávio Guimarães Lauria:

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente não tem apenas a função de estabelecer uma diretriz vinculativa para se encontrar as soluções dos conflitos, mas, também, implica a busca de mecanismos eficazes para fazer valer, na prática, essas mesmas soluções. Trata-se do aspecto “adjetivo” do princípio do melhor interesse da criança.⁴⁵

⁴⁴FACHIN, Rosana. Em busca da família no novo milênio, *cit.*, p. 62.

⁴⁵LAURIA, Flávio Guimarães. *A regulamentação de visitas e o princípio do melhor interesse da criança*. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2002, p. 37.

Tânia Maria Pereira assevera que, muito embora o melhor interesse da criança e do adolescente deva ser o princípio orientador das decisões, na prática, “desafia-nos a identificação, no Direito Brasileiro, deste princípio por meio de regras de interpretação e das normas de Direito positivo”⁴⁶.

Caberá ao julgador sopesar, por meio dos princípios constitucionais, as normas e regras empregadas para a efetivação do interesse da criança.

Rosana Fachin ressalta:

A máxima “no interesse da criança”, preconizada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente relativamente à guarda, é princípio informador para que o juiz confira a guarda àquele dos pais que efetivamente tenha melhores condições de realizar, dentro de padrões mínimos, esses interesses.

Daí decorre a possibilidade de, se ausentes as qualificações dos pais, outras pessoas, os avós, por exemplo, virem a exercer este mister, caso neles estejam presentes as condições necessárias. A deficiência apresen-

tada pelos pais poderá ensejar que o Estado Juiz intervenha em favor do melhor interesse da criança.⁴⁷

Justamente por esse motivo, aquele que não detém a guarda, nos termos do artigo 15 da Lei do Divórcio⁴⁸, poderá visitar os filhos, consequência natural do vínculo paterno-filial, desfrutando da sua companhia. Tal solução também é utilizada para os casos de modificação ou de regulamentação de visitas.

Importante papel tem exercido, além do Direito Constitucional, a jurisprudência⁴⁹, que vem empregando as decisões como fonte de interpretação dos princípios constitucionais.

O instituto da mediação interdisciplinar tem sido utilizado pelos julgadores de forma a auxiliar o entendimento entre os indivíduos envolvidos em litígios, facilitando o diálogo e a comunicação equânime, respeitando as diferenças e os interesses. O mediador, como terceiro, colabora no planejamento da convivência familiar e na elaboração emocional da nova situação⁵⁰.

Cumprido salientar que, no Direito brasileiro, não existem sanções típicas aplicáveis

⁴⁶PEREIRA, Tânia da Silva. *O melhor interesse da criança*, cit., p. 222.

⁴⁷FACHIN, Rosana. Em busca da família no novo milênio, cit., p. 65.

⁴⁸BRASIL. Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/civil/leis/L6515.htm>>. Acesso em: 26 jan. 2008.

⁴⁹A jurisprudência, no tocante à visitação, tem se orientado no sentido de: “Ementa: Ação de Regulamentação de Visitas – Prevalência do Interesse do Menor. Entre os direitos expressamente assegurados à criança se inclui o da convivência com os pais (artigo 19 da Lei nº 8.069/90), o que ocorre mediante visitas por aquele que não detém a guarda do menor, no caso de se encontrarem separados (Lei nº 6.515/77, artigo 15). “Para a regulamentação de visitas, deve ser levado em consideração o interesse do menor, devendo ser proporcionada a ele uma vida familiar estável, não podendo ser privado do convívio afetivo com ambos os pais.” O direito à convivência familiar tem berço constitucional (artigo 227), e se sabe que o desabruchar de uma criança para o mundo inclui um movimento de dentro para fora, garantido pelos impulsos vitais vinculados à hereditariedade e à energia próprias do ser vivo. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 1.0024.02.703.757-1/001*. Comarca de Belo Horizonte. Rel. Des. Gouvêa Rios. Disponível em: <<http://www.tjmg.gov.br>>. Acesso em: 28 nov. 2007).

⁵⁰GROENINGA, Giselle Câmara. Guarda compartilhada: a tutela do poder familiar. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Colab.). *A ética da convivência familiar: sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 123.

àqueles que descumprem as condições impostas ao direito de visita. Porém, alguns julgadores têm fixado multas, a fim de coagir aquele que detém a guarda a cumprir o dever de visitação legalmente fixado⁵¹.

A sensibilidade do magistrado

O conhecimento do magistrado, sem dúvida, é essencial à sua atuação. Porém, não menos importante é a sua sensibilidade em lidar com os conflitos humanos, sensibilidade esta que deve permear suas decisões, considerando-se que a cláusula de proteção do melhor interesse da criança, como cláusula geral, depende da sua interpretação.

Para a realização da justiça, o juiz deve ser verdadeiro mediador dos conflitos, auxiliando o diálogo entre os envolvidos, identificando os interesses comuns, atenuando as hostilidades e privilegiando os pontos de convergência. São muito comuns, nos pro-

cessos que envolvem crianças e adolescentes, os problemas implícitos nas questões aparentes, o que exige o julgador a consciência de que está lidando com pessoas e não com coisas – razão pela qual talvez não haja resposta definitiva para cada conflito específico, mas sim a mais adequada para aquele momento.

Assim, o magistrado deve pautar a sua atuação no diálogo, como ferramenta de construção da dignidade da pessoa humana, de modo a restabelecer nos indivíduos o processo de comunicação, prejudicado em face do litígio instaurado. O juiz sensível é aquele que analisa o conflito sob diversos ângulos e oferece uma terceira opção para a solução do litígio, sempre permitindo a participação das partes em igualdade.

Assim, o juiz não deve se comportar como mero operador ou porta-voz inerte do Direito⁵². Deve atuar no curso do processo como agente saneador do devido processo legal, garantido a efetividade e a brevidade da tutela jurisdicional e constitucional, com sen-

⁵¹Alguns julgados já encampam esse entendimento, como forma de conferir efetividade à doutrina de proteção integral: “Direito de visita. Multa diária. Cabível a imposição de multa para assegurar o exercício do direito de visita em face do estado de beligerância que reina entre as partes, o que tem prejudicado a visitação. Agravo desprovido, por maioria, vencido o Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 70.008.086.134. 7ª Câm. Cív. – Comarca de Porto Alegre, Rel. Des. Maria Berenice Dias. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 28 nov. 2007). Também nesse sentido: “Cerceamento de Defesa – Julgamento Antecipado da Lide – Inocorrência – Regulamentação do Direito de Visita – Filhos Menores – Direito Assegurado à Genitora – Descumprimento do Acordo Homologado em Juízo pelo Genitor – Recusa Injustificada – Imposição de Multa – Possibilidade. Poderá o magistrado conhecer diretamente do pedido, proferindo sentença, quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência. O direito de visita consiste num direito do menor em manter uma convivência sadia com os seus pais e familiares, sendo, portanto, importante assegurar o convívio dos infantes com a sua genitora, mormente se não há provas convincentes de que a regulamentação das visitas maternas seja prejudicial à saúde das crianças. Nos termos do art. 461, caput e § 4º, CPC, é admissível a imposição de multa diária, nos casos de descumprimento de obrigação de fazer, independentemente de pedido do autor. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1.0281.03.003183-1/001. Comarca de Guapé – Rel. Des. Edilson Fernandes. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 28 nov. 2007).

⁵²Maria Berenice Dias fala da rigidez normativa e de seu efeito perverso, que “além de não alcançar o desiderato pretendido, não consegue impedir que as pessoas conduzam sua vida da forma que melhor lhes agrade. A exclusiva regulamentação dos comportamentos reconhecidos como aceitáveis deixa à margem da jurisdição tudo que não é cópia do modelo ditado como único. Olvida-se o legislador de que negar a existência de fatos existentes, deixando de atribuir-lhes efeitos, acaba fomentando irresponsabilidades” (DIAS, Maria Berenice. Família, ética e afeto. *Jus Vigilantibus*. Disponível em: <http://www.jusvi.com/site/p_detalhe_artigo.asp?codigo=1632&cod_categoria=&nome_categoria=/>. Acesso em: 09 mar. 2004 e ainda em *Revista Consulex*, n. 174, p. 34-35, 15 abr. 2004).

sibilidade e, evidentemente, sem qualquer desprezo a direitos fundamentais.

A questão da separação dos genitores, como visto, leva muitas vezes a uma situação de desorganização dos arranjos familiares, com sérias conseqüências para a prole. O reajustamento da família dependerá do apoio da rede familiar, que inclui desde a família extensa e os amigos até a ajuda de psicólogos⁵³.

Cabe ao juiz, além da sensibilidade⁵⁴, julgar apoiado pelos recursos disponíveis, das ciências sociais, jurídicas e afins, porque a realização da justiça é uma construção conjunta.

Os juízes das Varas de Família devem ainda ter vocação especial e gostar do que fazem, para tentar ajudar as pessoas a encontrarem respostas às suas indagações. A questão emocional, inerente às causas de família, é o que diferencia os juízes de Família dos demais.

Nesse diapasão, ousa-se dizer que, justamente por ser o Direito de Família especial, em face do seu conteúdo sentimental e emocional, os juízes deveriam se candidatar especificamente para o preenchimento das vagas existentes, tanto nas Varas de Família quanto no âmbito dos Juizados da Infância e Juventude. Tal iniciativa iria contribuir para o aumento da procura dos candidatos realmente vocacionados. Após breve entrevista – porque não dizer, “psicotécnica”? – os juízes realmente preparados (termo aqui empregado no sentido humanista) seriam escolhidos para a atuação nessas Varas.

Transcorrido o período de experiência de 90 dias, o Tribunal optaria pela titularidade ou pela remoção – esta, caso o juiz não preenchesse o perfil exigido, analisado inclusive através de consulta prévia e participação da sociedade.

Certo é que, se possível fosse tal mudança e abertura do Judiciário, o processo se tornaria mais democrático, repercutindo no universo dos indivíduos como verdadeiro instrumento capaz de refletir as opiniões e vontades dos seus destinatários.

Conclusão

Os avanços técnico-científicos, aliados à evolução natural do próprio homem, foram responsáveis pela construção de novos valores, cujos alicerces estão no princípio da dignidade humana, valor fundante de todo o ordenamento jurídico.

No Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais, declarados e assegurados, são positivados pelos cidadãos, co-autores do Direito, pois a legislação advém do consenso ou da vontade da maioria, estabelecida através do regime democrático, cujas condições de possibilidade são o princípio da liberdade e o princípio da igualdade que rege aquele Estado por eles organizado – ou seja, são direitos advindos da soberania do povo.

A família deixou de constituir mero núcleo econômico e de reprodução – concepção tradicional de família – para ser centro

⁵³CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta. *Família, separação e mediação*, cit., p. 178.

⁵⁴*Loc. cit.* A autora traz o relato de alguns magistrados quanto à questão posta: “Em casos de família não há litígio, há problemas de família. O juiz processualista se nega a sentir o outro. O juiz de família tem que ser atuante, não imparcial. Ele vai ver os pontos de divergência. O juiz de Família tem um trabalho diferente dos outros.” “O juiz de Família tem que ser sensível. Embora ele deva julgar só pelo que está nos autos, tem que ir mais além do que está no processo. O processo, muitas vezes, é um meio de comunicação entre as partes.” “As ações de família são diferentes, requerem outro tipo de sensibilidade. O juiz tem que ser sensível e ter vocação. A visão de um juiz de Família tem que ser outra [...]”

de promoção da vida, solidificada na solidariedade, na igualdade, no afeto, como pressupostos de desenvolvimento de cada um de seus membros.

Desta maneira, a legislação deve acompanhar a evolução da sociedade e, conseqüentemente, dos arranjos familiares, porquanto, como fruto da cultura, a família é constantemente reinventada, para propiciar a seus membros o alcance da felicidade.

O princípio da dignidade da pessoa humana, presente no artigo 227 da CRFB/1988, traçou novo eixo fundamental da família, agora democrática, fundada na proteção igualitária de seus membros, especialmente a criança e o adolescente, “a quem incumbe à família, à sociedade e ao estado conferir proteção integral e prioridade absoluta”⁵⁵.

A mudança de paradigmas no que se refere à proteção da população infanto-juvenil, em decorrência da valorização da criança e do adolescente como sujeitos de direitos, representa a preocupação mundial de construção de um ordenamento jurídico baseado em valores e princípios democráticos, igualitários, solidaristas e humanistas.

A aceitação, o respeito e a compreensão do outro como sujeito de direitos favorece o diálogo interativo e diminui as tensões e os conflitos, possibilitando a renovação dos espaços de convivência.

A família deve ser o espaço privilegiado de realização de sonhos, de desejos, de construção dos laços afetivos e de uma sociedade justa e solidária, onde o convívio entre as gerações possa ser fonte de troca de experiências e de tradições, de forma a fortalecer os laços de afetividade entre os indivíduos.

A presença dos familiares e dos demais indivíduos ligados à criança e ao adolescen-

te por laços de afetividade é imprescindível para o fortalecimento da socialização e dos vínculos afetivos, privilegiando a solidariedade humana como valor humano e social.

Assim, a solidariedade, a tolerância e o respeito ao outro possibilitam a convivência harmônica e o equilíbrio nas relações entre os cidadãos.

Por certo, o Direito de Família objetiva o alcance, sempre que possível, dos valores familiares, mantendo unidas aquelas pessoas que apresentam entre si vínculos de parentesco ou de afetividade. Contudo, deve o julgador atentar para que, no esforço de conservar essas relações, não cause traumas nem crie sacrifícios para os envolvidos. O carinho, o afeto e o respeito que se espera encontrar nas relações familiares são sentimentos não impostos aos indivíduos, mas conquistados e construídos, que cabe ao Direito garantir e proteger.

Referências

BAPTISTA, Sílvio Neves. A família na travessia do milênio. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família: família e cidadania. O novo CCB e a *vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey / IBDFam, 2000, p. 293-300.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil [1988]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 18 jun. 2007.

_____. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violên-

⁵⁵FARIA, Cristiano Chaves de. Prisão civil por alimentos e a questão da atualidade da dívida. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Colab.). *A ética da convivência familiar: sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 31.

cia doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/_ato2004-2006/2006/lei/L11340.htm>. Acesso em: 18 nov. 2007.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 5 jan. 2008.

CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta. Família, separação e mediação: uma visão psicojurídica. São Paulo: Método, 2007.

DIAS, Maria Berenice. A estatização das relações afetivas e a imposição dos direitos e deveres no casamento e na união estável. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família: família e cidadania. O novo CCB e a vacatio legis. Belo Horizonte: Del Rey / IBDFam, 2002, p. 301-308.

_____. A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Família, ética e afeto. Jus Vigilantibus. Disponível em: <http://www.jusvi.com/site/p_detalle_artigo.asp?codigo=1632&cod_categoria=&nome_categoria=>. Acesso em: 9 mar. 2004; ainda em Revista Consulex, n. 174, p. 34-35, 15 abr. 2004.

_____; SOUZA, Ivone M. C. Coelho de. Famílias modernas: (inter)secções do afeto e da lei. Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Padma, v. 4, p. 273-280, 2003.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil brasileiro. 22. ed. rev. e atual. de acordo com a Reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 5º V: Direito de Família, 2007.

FACHIN, Rosana. Em busca da família no novo milênio. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família: família e cidadania. O novo CCB e a vacatio legis. Belo Horizonte: Del Rey / IBDFam, 2002, p. 59-69.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Prisão civil por alimentos e a questão da atualidade da dívida. PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Colab.). A ética da convivência familiar: sua efetividade no cotidiano dos tribunais. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 29-55.

FRANCE. Code Civil. 99. ed. Paris: Dalloz, 2000.

GROENINGA, Giselle Câmara. Guarda compartilhada: a tutela do poder familiar. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Colab.). A ética da convivência familiar: sua efetividade no cotidiano dos tribunais. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 101-130.

LAURIA, Flávio Guimarães. A regulamentação de visitas e o princípio do melhor interesse da criança. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2002.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. Revista de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, n.19, p. 133-156, ago./set. 2003.

- MACHADO, Martha de Toledo. A proteção constitucional das crianças e adolescentes e os direitos humanos. Barueri, SP: Manole, 2003.
- MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. 34. ed. São Paulo: Saraiva, V. 2: Direito de Família, 1998.
- MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). Princípios do direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- _____. A caminho de um Direito Civil Constitucional. Revista de Direito Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 65, p. 21-32, jul./set. 1993.
- _____. _____. Estado, Direito e Sociedade. Rio de Janeiro: Departamento de Direito da PUC-RIO, V. 1, p. 233-258, 1991.
- _____. A família democrática. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família: família e dignidade humana. Belo Horizonte: IBDFam, 2006, p. 613-640.
- _____. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- _____. Deveres parentais e responsabilidade civil. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: IBDFam / Síntese, ano 7, n. 31, p. 39-66, ago./set. 2005.
- _____. O Código Civil e o Direito Civil Constitucional. Editorial. Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Padma, v. 13, p. 2, 2003.
- _____. O conceito de dignidade da pessoa humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 105-147.
- _____. O princípio da solidariedade. In: PEIXINHO, Manoel; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Orgs.). Os princípios da Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 167-190.
- _____. O princípio da solidariedade. In: PEREIRA, Antonio Celso Alves; MELLO, Celso de Albuquerque (Orgs.). Estudos em homenagem a Carlos Menezes Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 527-556.
- _____. O princípio da solidariedade. Disponível em: <<http://www.idcivil.com.br>>. Acesso em: 27 fev. 2007.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese/ IBDFam, n. 16, p. 5-11, jan./mar. 2003.
- _____. Princípios fundamentais norteadores para a organização jurídica da família. Curitiba: Faculdade de Direito – Universidade Federal do Paraná, 2004. Tese – Doutorado em Direito.
- _____. _____. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- NOVAES, Maria Helena. A convivência entre as gerações e o contexto sociocultural. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Colab.). A ética da convivência familiar: sua efetividade no cotidiano dos tribunais. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 215-230.
- OLIVEIRA, Euclides de. A escalada do afeto no Direito de Família: ficar, namorar, conviver, casar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família: família e dignidade humana. Belo Horizonte: IBDFam, 2006, p. 315-346.
- RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. Jurisprudência. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br/scripts/weblink.mgw>>. Acesso em: ago. 2007.
- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Jurisprudência. Disponível em: <<http://>>

[/www.tj.rs.gov.br/cposg/pcpo](http://www.tj.rs.gov.br/cposg/pcpo)>. Acesso em: 25 ago. 2007.

RIZZARDO, Arnaldo. Direito de Família. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

TAVARES, José de Farias. Direito da Infância e da Juventude. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Família, guarda e autoridade parental. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Fundamentos principiológicos do Estatuto da

Criança e do Adolescente e do Estatuto do Idoso. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: IBDfam / Síntese, ano 6, n. 26, p. 18-34, out./dez. 2004.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Direito de Família. 7. ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007. Coleção Direito Civil, v. 6.

VILLELA, João Batista. A família hoje. In: BARRETO, Vicente (Coord.). A nova família: problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 71-86.

