

### 3

## A CONVIVÊNCIA FAMILIAR E A EXTENSÃO DO DIREITO DE VISITA

### 3.1

#### 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”<sup>1</sup>, 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."<sup>2</sup>

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, independentemente de laços consangüíneos<sup>3</sup>. Sobre a família, e citando Anthony Giddens, a autora lembra:

A família está se tornando democratizada conforme modos que acompanham processos de democracia pública; e tal democratização sugere que a vida familiar poderia combinar escolha individual e solidariedade social. [A democratização] no contexto da família implica igualdade, respeito mútuo, autonomia, tomada de decisão através da comunicação, resguardo da violência e integração social.<sup>4</sup>

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

<sup>2</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, cit.

<sup>3</sup>MORAES, Maria Celina Bodin de. A família democrática, cit., p. 617.

<sup>4</sup>GIDDENS, Antony, 2001 *apud* MORAES, Maria Celina Bodin de. A família democrática, cit., p. 617.

Para fins do presente estudo, considera-se a família 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<sup>5</sup>.

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”<sup>6</sup>.

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.<sup>7</sup>

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;*

<sup>5</sup>Maria Helena Novaes afirma: “Na família contemporânea horizontal e em rede, os laços matrimoniais se enfraqueceram dado ao declínio da sacralidade do casamento, optando-se por um período de união livre, de casamentos ou experiências múltiplas de vida comum e solidária. Entretanto, a família continua sendo ainda sonhada e desejada por homens de todas as idades, de todas as orientações sexuais e de todas as condições, por ser capaz de estabelecer uma nova ordem simbólica. Portanto, deve ser mais uma vez reiventada para manter o princípio fundador do equilíbrio entre o ‘um’ e o múltiplo que todo sujeito precisa para construir sua identidade e integrar-se à sua sociedade e cultura” (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. 227).

<sup>6</sup>VILLELA, João Batista. A família hoje. In: BARRETO, Vicente (Coord.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 71.

<sup>7</sup>DIAS, 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).

*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.<sup>8</sup>

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

Maria Berenice Dias, citando Damásio de Jesus e Hermelino de Oliveira Santos, inclui outros participantes na unidade familiar:

[...] a que trabalha e mora na residência da família, desfrutando de uma convivência maior com todos, deve ser considerada um de seus membros, merecendo ser receptora da especial tutela legal.

Não há como excluir do conceito de unidade familiar a convivência decorrente da tutela e da curatela. Ainda que o tutor e o curador não tenham vínculo de parentesco com a tutelada e curatelada, a relação entre eles permita ser identificada como um espaço de convivência.<sup>9</sup>

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”<sup>10</sup>, 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, admitindo inclusive a família monoparental, formada por qualquer dos pais e seus descendentes, por força do artigo 226, parágrafo 4º da CRFB/1988<sup>11</sup>.

<sup>8</sup>BRASIL. *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](http://www.planalto.gov.br/ccivil/_ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm)>. Acesso em: 26 jan. 2008 (grifos nossos).

<sup>9</sup>DIAS, Maria Berenice. *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, p. 42.

<sup>10</sup>DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça, cit.*, p. 43.

<sup>11</sup>*Loc. cit.* A autora lembra que a CRFB/1988 “esgarçou o conceito de família e de forma exemplificada refere-se ao casamento, à união estável e a família monoparental, sem, no entanto deixar claro ao desabrigo outros modelos familiares ao usar a expressão” entende-se também como entidade familiar. Assim, as famílias anaparentais (formadas entre irmãos), as homoafetivas e as famílias paralelas (quando um homem mantém duas famílias) igualmente estão albergadas no conceito constitucional de entidade familiar como merecedoras de especial

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 filhos<sup>12</sup>.

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.<sup>13</sup>

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 peculiar<sup>14</sup>.

Assim, tem-se duas disposições constitucionais fundamentais a favor da

---

tutela do Estado”. Finalmente conclui que “não há como deixar de reconhecer que o conceito de família trazido pela Lei Maria da Penha enlaça todas as estruturas de convívio marcadas por uma relação íntima de afeto, o que guarda consonância com a expressão que vem sendo utilizada modernamente: Direito das Famílias”.

<sup>12</sup>NOVAES, Maria Helena. A convivência entre as gerações e o contexto sociocultural, *cit.*, p. 225.

<sup>13</sup>MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional das crianças e adolescentes e os direitos humanos*. Barueri, SP: Manole, 2003, p. 54

<sup>14</sup>Sobre o assunto, consultar GOFFMAN, Erwing. *Manicômios, prisões e conventos*. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1961.

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 25<sup>15</sup>.

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

### 3.2

#### A RELEVÂNCIA DO AFETO

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 desejo<sup>16</sup>.

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. Afirma, ainda, o autor:

A vantagem maior do afeto é a possibilidade de realização da ternura na vida de cada um, nos momentos de paz e nas ameaças de conflito. Uma ética que parta

---

<sup>15</sup>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.

Art. 25. Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes (BRASIL. *Lei nº 8.069, cit.*).

<sup>16</sup>PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores para o Direito de Família, cit.*, p. 9.

dessa dimensão e atrevesse os caminhos da amizade e da política tem tudo para fazer os homens mais homens. A felicidade segue sendo uma hipótese. Mas uma hipótese real, de um mundo real. E num mundo com essas características, a norma emana da vida e não para a vida. O único sonho universalista num cenário como esse é o da constituição de um universo moral, de uma comunidade ética.<sup>17</sup>

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."<sup>18</sup>

O afeto é um dos elementos estruturantes da relação familiar; segundo Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka,

O afeto está também, certamente, na origem e na causa dos descaminhos desses relacionamentos. Bem por isso, o afeto deve permanecer presente no trato dos conflitos, dos desenlaces, dos desamores, justamente por que ele perpassa e transpassa a serenidade e o conflito, os laços e os desenlaces, perpassa e transpassa, também, o amor e os desamores. Porque o afeto tem um quê de respeito ancestral, tem um quê de pacificador temporal, tem um quê de dignidade essencial. Esse é o afeto de que se fala. O afeto ternura, o afeto dignidade. Positivo ou negativo... O imorredouro afeto.<sup>19</sup>

Resta dizer que as relações de afeto<sup>20</sup>, que possibilitam o pleno desenvolvimento da criança e do adolescente – seres em formação – como sujeitos de direitos e deveres<sup>21</sup>, devem ser tuteladas pelo Direito, na medida em que a construção da identidade de cada um se encontra enraizada essencialmente no núcleo familiar.

Prefaciando Sérgio Ricardo de Souza, Eliane Ferreira comenta:

A família modernamente concebida tem origem plural e se revela como um núcleo de afeto no qual o cidadão se realiza e vive em busca de própria felicidade. Abandonou-se o modelo patriarcal e hierarquizado da família romana,

<sup>17</sup>CUNHA, João Paulo. A ética do afeto. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de Família e Psicanálise: rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 86.

<sup>18</sup>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.

<sup>19</sup>HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Sobre peixes e afetos. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família: família e dignidade humana*. Belo Horizonte: IBDFam, 2006, p. 436.

<sup>20</sup>MADALENO, Rolf. *O preço do afeto*. 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. 151 et seq.

<sup>21</sup>TAVARES, José de Farias. *Direito da infância e da juventude*, cit., p. 60-61.

ao longo dos anos, e firmou-se no direito das sociedades ocidentais um modelo de atuação participativa, igualitária e solidária dos membros da família.<sup>22</sup>

Segundo Ricardo Augusto Benzaquen de Araújo e Eduardo Viveiros de Castro:

A antropologia vem-se debatendo nos braços de uma dicotomia: o ‘direito’ versus o ‘afeto’, isto é, a estrutura social concebida como sistema de relações jurais entre pessoas versus aspectos da vida social não-redutíveis a ela, consistindo em sentimentos e emoções, em condutas individualizadas e processos que transgrediam as fronteiras da estrutura normativa.<sup>23</sup>

O afeto, pode-se assim dizer, é o sentimento espontâneo, gerado por impulso natural, que envolve duas ou mais pessoas que se afeioam em interesses, valores, projetos de vida, amizade e emoções.

### 3.2.1

#### A DIMENSÃO DOS VÍNCULOS AFETIVOS

Abordou-se até o momento a importância do afeto familiar na estruturação da personalidade. 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”<sup>24</sup>.

<sup>22</sup>SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Comentários à lei de combate à violência contra a mulher: Lei Maria da Penha 11.340/2006*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 13.

<sup>23</sup>ARAÚJO, Ricardo Augusto Benzaquen de; CASTRO, Eduardo Viveiros de. Romeu e Julieta e a origem do Estado. In: VELHO, Gilberto (Org.). *Arte e sociedade: ensaios de sociologia da arte*. Rio de Janeiro: Zahar, 1989, p. 133.

<sup>24</sup>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. 184, ago./set. 2003.

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 formais<sup>25</sup>.

Partindo do pressuposto de que cuidar do 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.<sup>26</sup>

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.”<sup>27</sup> 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 liberdade<sup>28</sup>, como

---

<sup>25</sup>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. 60.

<sup>26</sup>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.

<sup>27</sup>MORAES, Maria Celina Bodin de. A família democrática, *cit.*, p. 619.

<sup>28</sup>O 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.

expressão das individualidades, e de solidariedade, como espaço de suporte e de ajuda mútua<sup>29</sup> entre seus membros.

### 3.3

#### O DIREITO DE VISITA DE – E A – CRIANÇAS E ADOLESCENTES

O direito de visita da criança e do adolescente aos parentes e aos indivíduos ligados por laços de afetividade<sup>30</sup>, 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”.

No que se refere ao poder familiar, é certo o direito de visita do genitor que não detém a guarda do filho e também dos avós, unidos aos netos por obrigações oriundas do parentesco (artigo 1.697 do CC/2002).

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.

---

<sup>29</sup>Sobre 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.

<sup>30</sup>Em 28 de março de 2007, o site do IBDFAM veiculava notícia sobre o direito de visitação a um cão, discutido judicialmente por um casal de idosos, ex-conjuges, no Foro Central do Rio de Janeiro, com o qual conviveu por anos, durante o casamento. A juíza da Vara de Família responsável pelo processo determinou fosse o mesmo redistribuído para uma das Varas Cíveis, sob o argumento de que o animal é “coisa semovente” no Direito de Família. Tânia da Silva Pereira, presidente da Comissão da Infância e Juventude do IBDFAM, comenta o processo: “Como regulamentar a visitação a um cachorro que na separação de um casal idoso ficou com um dos cônjuges? Pode-se falar em direito de visitas do outro conjuge, acometido de efetivo sentimento de saudade? Deve-se dar ao caso o mesmo tratamento concedido à visitação dos filhos?. É valido afastar a competência da vara de família, considerando que o animal é “coisa semovente” no Direito Brasileiro? Tratando-se de relação que envolve os sentimentos de afeto e cuidado, será válida as redistribuição do processo dirigido à Vara de Família para ser discutido no Juízo Cível? A realidade social da atualidade demonstra que as relações familiares estão centradas em valores que transcendem o vínculo biológico, o afeto e o cuidado são denominadores comuns que devem orientar, também decisoes que envolvam os sentimentos não só pelos filhos, mas também pelos animais de estimação” (Instituto Brasileiro de Direito de Família. Disponível em: <<http://www.ibdfam.com.br>>. Acesso em: 29 out. 2007). Finaliza a autora afirmando que no Direito Alemão os animais não constituem coisas, sendo regulados por legislação especial, havendo na Europa a tendência a se considerar os animais não mais como coisa ou objeto, mas como sujeitos de direitos.

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 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.<sup>31</sup>

### 3.3.1

#### CONFLITOS DO CASAL NA SEPARAÇÃO: REFLEXOS PARA OS FILHOS

No Direito de Família, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente merece posição de destaque, principalmente se consideradas as questões afetas à guarda dos jovens e à regulamentação de visitas.

Sabe-se que muitas famílias são guiadas pelo afeto, pela segurança e pelo carinho, enquanto outras o são pela inimizade, pelo abandono e pela violência.

Os conflitos entre os pais<sup>32</sup>, levados ao Judiciário, muitas vezes extrapolam os limites do final da família conjugal e repercutem em toda a estrutura familiar, em face dos sentimentos de ódio e das desavenças criadas por relação mal resolvida na família parental.

Os perfis psicológicos dos genitores que se encontram em litígio interferem qualitativa e quantitativamente na vida do grupo familiar, assim como em todos momentos da vida do ser humano, pois, além de traçar suas condutas, limites e comportamentos, influenciam o comportamento dos filhos.

---

<sup>31</sup>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. 294.

<sup>32</sup>VERDI, Marcelo Spalding. O impacto dos conflitos conjugais sobre os filhos: a pesquisa científica e a indicação terapêutica. In: AZAMBUJA, Maria Regina Fay de; SILVEIRA, Maritana Viana; BRUNO, Denise Duarte (Orgs.). *Infância em família: um compromisso de todos*. Porto Alegre: Instituto Brasileiro de Direito de Família – Seção Rio Grande do Sul, 2004, p. 262. Segundo o autor: “Já foi verificado que diversos aspectos dos conflitos conjugais, tais como frequência e intensidade com que ocorrem se há ou não envolvimento físico, se houve ou não resolução, se são relacionados às crianças ou não, assim como características específicas das crianças e fatores contextuais, combinam-se para produzir diferentes impactos sobre o comportamento infantil” (*Loc. cit.*).

O desvio ético ou o desvio de conduta dos pais pode deixar o ambiente familiar inapropriado para o desenvolvimento sadio dos filhos. A agressividade no interior da família desencadeia conflitos e desajustes sociais que atuam como mola propulsora de novos atos de violência. Os filhos são manipulados como brinquedos nas mãos dos pais, que os utilizam da maneira que lhes convier, ora como moeda de troca, ora como instrumento de “reprodução das falas” diante da falência do diálogo.

Nessa hipótese, certo o prejuízo dos vínculos afetivos entre os envolvidos, eis que a disputa de sentimentos é transformada em processos, nos quais cada parte tenta fragilizar a outra com questões emocionais e econômicas particulares. A separação conjugal somente ocorre entre o homem e a mulher (no interior do casal), não podendo jamais envolver o pai (figura paterna) e a mãe (figura materna) – o que infelizmente ocorre em grande parte dos casos.

O princípio do melhor interesse da criança, durante e após a separação dos genitores, deve ser sempre observado, visando a melhoria da qualidade de vida dos indivíduos envolvidos na questão, uma vez que o litígio intrafamiliar pode interferir na formação da estrutura da personalidade, assim como no comportamento das crianças e adolescentes, tornando-os ora reprimidos em seus sentimentos, ora inseguros, ou ainda agressivos.

As crianças envolvidas nesse emaranhado de problemas podem ainda perder a capacidade de concentração, acarretando danos à sua vida escolar, e ainda passar a simular seus verdadeiros sentimentos, como mecanismo de defesa, prejudicando o seu cotidiano não apenas na esfera intelectual, mas, com muito maior intensidade, no campo das emoções e na formação da estrutura de sua personalidade.

Esta forma instável de perceber a si e ao mundo, provocada pela relação mal resolvida dos genitores, acaba por gerar posturas desfavoráveis, como insegurança e angústia. Tudo isso torna os seres em desenvolvimento muito vulneráveis a seus conteúdos internos, formados pela insegurança afetiva e pela necessidade da certeza do amor dos pais.

Algumas atitudes não são facilmente compreendidas pelos demais, por serem conseqüentes de deslocamento da ansiedade, fruto da forma equivocada de

perceber o mundo através de sensações. Essas atitudes geralmente demonstram grande impulsividade e imaturidade nos relacionamentos afetivos dos genitores, fazendo do menor um depositário de suas instabilidades emocionais.

Lembra Rodrigo da Cunha Pereira:

No fim da conjugalidade, em que os restos do amor são levados ao judiciário, percebemos a utilização dos processos judiciais como instrumento para se atingir o outro. São histórias de degradação em que se vê o quanto é lamentável que o amor que um dia existiu tenha se transformado apenas em ódio.<sup>33</sup>

Essa situação gera grande conflito familiar e pessoal para todos os membros da família, que se apegam ao processo e ao “querer ganhar”, embora, muitas vezes, estejam inconscientemente lutando para, cada vez mais, perder o que lhes é mais precioso: a vida familiar – que não termina pela separação do casal.

Assim, a maturidade, o vínculo de confiança por parte dos pais, o equilíbrio psicoemocional, são extremamente necessários para a garantia da segurança e da estruturação psicoemocional dos filhos.

O relacionamento civilizado dos adultos, principalmente o dos pais, influencia diretamente a posição psicoemocional e comportamental das crianças e adolescentes. Ressalta-se aqui ser essa posição importante para a proteção da integridade psicofísica dos jovens, por parte dos familiares e das demais pessoas a eles ligadas por laços de afetividade. O convívio familiar e social é imprescindível para o fortalecimento das relações humanas.

Desta feita, a aproximação da criança e do adolescente com indivíduos ligados pelos laços da afetividade não afronta o poder familiar dos genitores, considerando-se que a visita<sup>34</sup> é exercida nos limites do interesse do menor<sup>35</sup>, ou seja, no sentido apenas de ver e estar com o mesmo. Somente ao genitor que não

---

<sup>33</sup>PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores para o Direito de Família*, cit., p. 132.

<sup>34</sup>MADALENO, Rolf. *O preço do afeto*, cit., p. 158. Esclarece o autor: “Visita é um direito conferido a todas as pessoas unidas por laços de afeto, de manterem a convivência e o intercâmbio espiritual quando estas vias de interação tiverem sido rompidas pela separação física da relação” (*Loc. cit.*).

<sup>35</sup>HASSELMANN, Elisa de Carvalho Laurindo. O melhor interesse da criança e do adolescente em face do Projeto de Código Civil. 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. 361 et seq.

detém a guarda caberá a participação de forma efetiva ou a fiscalização da educação dos filhos postos ao cuidado do outro.

Cumpra salientar que a convivência familiar é um direito fundamental da criança e do adolescente, e é dever<sup>36</sup> dos pais participar, limitar, educar – enfim, conviver.

O CC/2002 assegura em vários dispositivos os direitos e deveres relativos ao poder familiar, à guarda dos filhos e à convivência familiar:

Art. 1.579 – O divórcio não modifica os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos.

[...]

Art. 1.583 – No caso de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação judicial por mútuo consentimento ou pelo divórcio direto consensual, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos.

Enunciado 101 – sem prejuízo dos deveres que compõem a esfera do poder familiar, a expressão "guarda de filhos", à luz do artigo 1.583, pode compreender tanto a guarda unilateral quanto a compartilhada, em atendimento ao princípio do melhor interesse da criança.

[...]

Artigo 1.630 – Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores.

[...]

Artigo 1.632 – A separação judicial, o divórcio e a dissolução da 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.

[...] <sup>37</sup>

A Declaração Universal dos Direitos da Criança dispõe expressamente que o direito de convivência entre pais e filhos e a igualdade na responsabilidade dos pais separados pela criação dos filhos devem ser respeitados:

Artigo 9 – A criança tem o direito de viver com um ou ambos os pais, exceto quando se considere que isto é incompatível com o interesse maior da criança. A criança que esteja separada de um ou de ambos os pais tem o direito a manter relações pessoais e contato direto com ambos os pais.

<sup>36</sup>Art. 1.634. “*Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: – dirigir-lhes a criação e educação; II – tê-los em sua companhia e guarda; III – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV – nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; V – representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assistí-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VI – reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; VII – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição*” (BRASIL. *Lei nº 10.406, cit. – grifo nosso*).

<sup>37</sup>BRASIL. *Lei nº 10.406, cit.*

Artigo 18 – Os pais têm obrigações comuns no que diz respeito à criação dos filhos, e o governo deverá prestar assistência apropriada.<sup>38</sup>

Vê-se que essas responsabilidades-deveres cabem aos genitores, em decorrência do poder familiar, o qual somente se extingue com a maioridade ou a emancipação do filho, e àqueles que legalmente o detenham – diferentemente dos parentes e das pessoas ligadas por laços de afetividade, cuja relação se funda na solidariedade familiar e nas obrigações oriundas do parentesco.

### 3.3.2

#### 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.<sup>39</sup>

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

<sup>38</sup>ONU. *Declaração Universal dos Direitos da Criança*, cit.

<sup>39</sup>MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, V. 2: Direito de Família, 1998, p. 235.

natureza humana, em face da segurança e do amparo que os avós representam, frente, algumas vezes, à inaptidão e ao desinteresse dos pais<sup>40</sup>.

A advogada Marilza Fernandes Barreto comenta:

[afirma] Edgard de Moura Bittencourt: "A afeição dos avós pelos netos é a última etapa das paixões puras do homem." É a maior delícia de viver a velhice. A jurisprudência que assegura essa afeição sanciona, na frase de Gaston Lagarde, "os direitos morais dos avós". [...] A solidariedade familiar, o vínculo da filiação, o elo de amor e carinho que aproximam as gerações são as causas verdadeiras que levam muitas vezes 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, base moral da sociedade.<sup>41</sup>

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."<sup>42</sup>

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 sobrinha<sup>43</sup>. 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 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.

<sup>40</sup>RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 268-269.

<sup>41</sup>BARRETO, Marilza Fernandes *apud* RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 268-269.

<sup>42</sup>PORTUGAL. *Código Civil*. Coimbra: Coimbra, 1999.

<sup>43</sup>RIO 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.

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 forma-se 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.<sup>44</sup>

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

### 3.3.3

#### 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 abandono que, por certo, irá comprometer o seu desenvolvimento.

---

<sup>44</sup>RIO 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).

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.<sup>45</sup>

No Brasil, a Lei Maria da Penha<sup>46</sup>, 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 convívio 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.

---

<sup>45</sup>FRANCE. *Code Civil*. 99. ed. Paris: Dalloz, 2000.

<sup>46</sup>BRASIL. *Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006*, cit.

## 3.3.4

## 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.

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).

Aliás, Humberto Theodoro Júnior, eminente processualista mineiro, enfrenta a questão, no que tange à iniciativa da coleta de prova pelo juiz, de maneira cabal<sup>47</sup>. Eis alguns de seus ensinamentos, ora transcritos parcialmente e fora da seqüência ditada pelo doutrinador:

[...] Não pode fazer a real e efetiva justiça quem não se interessa pelo resultado da demanda e deixa o destino do direito subjetivo do litigante à sorte e ao azar do jogo da técnica formal e da maior agilidade ou esperteza dos contendores, ou de um deles.<sup>48</sup>

Nesse processo moderno o interesse em jogo é tanto das partes como do juiz, e da sociedade em cujo nome atua. Todos agem, assim, em direção ao escopo de cumprir os desígnios máximos da pacificação social. A eliminação dos litígios, de maneira legal e justa, é do interesse tanto dos litigantes como de toda a comunidade. O juiz, operando pela sociedade como um todo, tem até mesmo interesse público maior na boa atuação jurisdicional e na justiça e efetividade do provimento com que se compõe o litígio.<sup>49</sup>

As velhas barreiras da imparcialidade e do ônus da prova tiveram de ser reavaliadas a fim de que os novos valores de ordem pública inspiradores do processo justo pudessem ocupar seu lugar de incontestes proeminência.

<sup>47</sup>THEODORO JÚNIOR, Humberto. Prova – Princípio da verdade real – Poderes do Juiz – Ônus da prova e sua eventual inversão – Provas ilícitas – Prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (DNA). *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese / IBDFam, v. 1, n. 1, p. 5-23, abr./jun. 1999.

<sup>48</sup>*Ibid.*, p. 7.

<sup>49</sup>*Ibid.*, p. 9-10.

Afastaram-se os falsos preconceitos relacionados com a preservação da neutralidade do juiz e quebrou-se o anacrônico monopólio das partes sobre a iniciativa das provas.

A preservação da imparcialidade do juiz com efeito exige sua permanência longe da iniciativa de instaurar o processo e definir o seu objeto, circunstância que ninguém discute ou põe em dúvida nos países democráticos de cultura romanística. O princípio dispositivo deve realmente prevalecer no debate da lide. Somente às partes cabe a iniciativa de colocar em juízo o conflito jurídico e de dar-lhe os necessários contornos. Já a investigação do direito subjetivo controvertido, tanto nos aspectos de direito como de fato, não pode ficar na dependência da exclusiva vontade e diligência das partes. O juiz não se torna irremediavelmente parcial apenas por se ocupar da apuração da verdade, diligenciando provas por iniciativa própria.<sup>50</sup>

Diante da necessidade de descobrir a verdade real, o juiz não pode ser neutro nem indiferente. Não determinar a prova necessária à revelação da verdade não corresponde, por isso, a uma conduta imparcial e sim a um alheamento à missão jurisdicional de assegurar aos litigantes a mais efetiva e justa composição do litígio.<sup>51</sup>

Em síntese, no processo civil contemporâneo não vigora mais, em tema de prova, o princípio dispositivo, segundo o qual cabia ao juiz julgar a causa conforme o alegado e provado pelas partes. O que hoje prevalece é um sistema justo, de forma que ao juiz incumbe julgar conforme o alegado pelas partes e a prova disponível, pouco importando se sua produção proveio de iniciativa ou não das partes (CPC, arts. 130 e 131).<sup>52</sup>

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

---

<sup>50</sup>THEODORO JÚNIOR, Humberto. Prova..., *cit.*, p. 10-11.

<sup>51</sup>*Ibid.*, p. 11.

<sup>52</sup>*Ibid.*, p. 14.

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 julgador<sup>53</sup>.

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<sup>54</sup>, 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.<sup>55</sup>

<sup>53</sup>FACHIN, Rosana. Em busca da família no novo milênio, *cit.*, p. 62.

<sup>54</sup>Nesse sentido a segura lição de Guilherme Gonçalves Strenger em relação à guarda dos filhos: “Interesse do Menor. O interesse do menor é princípio básico e determinante de todas as avaliações que refletem as relações de filiação. O interesse do menor, pode-se dizer sem receio, é hoje verdadeira instituição no tratamento da matéria que ponha em questão esse direito. Tanto na família legítima como na natural e suas derivações, o interesse do menor é princípio superior. Em cada situação cumpre ao juiz apreciar o interesse do menor e tomar medidas que o preservem e a apreciação do caso deve ser procedida segundo dados de fato que estejam sob análise” (STRENGER, Guilherme Gonçalves. *Guarda de filhos*. São Paulo: DPJ, 1991, p. 64).

<sup>55</sup>LAURIA, 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”<sup>56</sup>.

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 apresentada pelos pais poderá ensejar que o Estado Juiz intervenha em favor do melhor interesse da criança.<sup>57</sup>

Justamente por esse motivo, aquele que não detém a guarda, nos termos do artigo 15 da Lei do Divórcio<sup>58</sup>, 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 jurisprudência<sup>59</sup>, que vem empregando as decisões como fonte de interpretação dos princípios constitucionais.

<sup>56</sup>PEREIRA, Tânia da Silva. *O melhor interesse da criança*, cit., p. 222.

<sup>57</sup>FACHIN, Rosana. *Em busca da família no novo milênio*, cit., p. 65.

<sup>58</sup>BRASIL. *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/ccivil/leis/L6515.htm>>. Acesso em: 26 jan. 2008.

<sup>59</sup>A 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 desabrochar 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).

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 situação<sup>60</sup>.

Cumprir salientar que, no Direito brasileiro, não existem sanções típicas aplicáveis 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 fixado<sup>61</sup>.

### 3.3.4.1

#### O VALOR DOS LAUDOS PERICIAIS

Freqüentemente, os juizes têm utilizado o recurso à perícia judicial para auxiliar na solução dos conflitos no campo judicial, considerando que suas convicções serão formadas a partir das provas que instruem o processo.

---

<sup>60</sup>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. 123.

<sup>61</sup>Alguns 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).

O CPC, em seu artigo 145, dispõe: "Quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico, o juiz será assistido por perito, segundo o disposto no art. 421."<sup>62</sup>

As perícias oferecem subsídios especializados para orientação do juiz quanto ao caso objeto do litígio. No âmbito cível, e em especial na família, a psicologia, com o auxílio do estudo social, tem exercido importante papel na constatação de características sociais, intelectuais, cognitivas e de personalidade dos indivíduos, fazendo inclusive prognósticos, por meio de aplicação de testes.

A interdisciplinaridade, vista como integração de dois ou mais componentes curriculares ou ramos do conhecimento para a construção do saber<sup>63</sup>, é uma tendência que facilita o exame do indivíduo em seus mais variados aspectos, oferecendo ao julgador subsídios para decisão.

Nas questões atinentes à guarda e à visitação, a elaboração de laudos periciais tem ocorrido com frequência, com o intuito de se investigar a personalidade, a inteligência, a maturidade, o dano psíquico, as inter-relações familiares dos periciandos.

No entanto, na prática, vários problemas surgem na sua utilização. Alguns juízes criticam o conteúdo dos laudos periciais, ou porque não se prendem às questões postas, ou por serem os laudos, em grande parte, inconclusivos. Também a demora na elaboração do laudo é ocorrência que retarda a resolução dos conflitos – por vezes gravíssimos, em face da peculiaridade das questões que envolvem crianças e adolescentes.

---

<sup>62</sup>Art. 421 – O juiz nomeará o perito, fixando de imediato o prazo para a entrega do laudo (Alterado pela L-008.455-1992).

§ 1º – Incumbe às partes, dentro em 5 (cinco) dias, contados da intimação do despacho de nomeação do perito: I – indicar o assistente técnico; II – apresentar quesitos.

§ 2º – Quando a natureza do fato o permitir, a perícia poderá consistir apenas na inquirição pelo juiz do perito e dos assistentes, por ocasião da audiência de instrução e julgamento a respeito das coisas que houverem informalmente examinado ou avaliado. (Alterado pela L-008.455-1992) (BRASIL. *Lei nº 5.869*, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L5869.htm>>. Acesso em: 25 jan. 2008).

<sup>63</sup>A interdisciplinaridade surge como uma das respostas à necessidade de uma reconciliação epistemológica, processo necessário devido à fragmentação dos conhecimentos ocorrido com a revolução industrial e a necessidade de mão de obra especializada. A interdisciplinaridade buscou conciliar os conceitos pertencentes às diversas áreas do conhecimento a fim de promover avanços como a produção de novos conhecimentos ou mesmo novas sub-áreas (WIKIPÉDIA. *Interdisciplinaridade*. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Interdisciplinaridade>>. Acesso em: 28 nov. 2007).

Outra questão – e, ao que parece, a mais problemática – é o fato de alguns psicólogos, mesmo constatando algum indício de doença mental, se absterem de se manifestar, sob o argumento de que somente à Psiquiatria, como ramo na Medicina, caberia o diagnóstico da doença.

Por outro lado, também há casos em que, diante das poucas oportunidades de encontro entre perito e periciandos, tais distúrbios passam despercebidos, uma vez que, para diagnosticá-los, o perito precisaria de outras sessões, o que geralmente não ocorre. Nos casos que envolvem guarda e regulamentação de visitas, tal fato torna-se perigoso, vez que o juiz, baseado em laudo dessa natureza, poderá estar colocando em risco a saúde mental e física da criança e do adolescente.

Questão não menos importante é a precariedade das próprias centrais de serviço social e psicológico, atuantes nos casos em que as partes não podem arcar com o pagamento de peritos particulares para a realização das perícias. Para as pessoas de baixa renda, a dificuldade começa já no deslocamento ou na própria dispensa do trabalho para comparecimento.

Sabe-se que há número insuficiente de profissionais para dar conta da demanda de solicitações de perícias, o que, aliado à falta de estrutura física, faz com que a entrega dos laudos chegue a demorar até quatro meses. A demora pode acarretar, além do aumento do custo do processo, o acirramento da disputa e da hostilidade entre as partes que aguardam providência judicial.

César Ferreira e Verônica A. da Motta Cezar descrevem situações postas por alguns juízes sobre a perícia psicológica que vale a pena transcrever em parte:

Conversamos largamente com juízes sobre o uso de recursos psicológicos em Varas de Família. E foi importante e curioso ouvi-los a respeito de laudos periciais. Um deles disse, textualmente: *“Não utilizo recursos psicológicos nunca. A senhora quer saber, não gosto de psicólogos, eles só atrapalham.”* Outros afirmam que só utilizam em casos extremos: *“Só recorro aos assistentes técnicos em último caso”*; *“Só em casos graves mando fazer perícias”*.

Durante as conversas sem distinção de gênero, alguns expressaram uma certa desconfiança dos laudos. Uma juíza: *“O próprio laudo pericial é pobre, porque é escrito e só passa informações.”* Um juiz: *“Os laudos são muito frios e muito imperfeitos”*.

Nessas conversas, os dois deram exemplos que não os ajudaram em nada na formação da convicção. Ela contou: *“Uma vez, por indicação de uma das partes, enviei um casal para um terapeuta, que me mandou um laudo dizendo: ‘Isso interessa ao juiz, aquilo interessa ao juiz.’ Não me ajudou em nada, porque,*

*além de muito pobre como laudo, é o juiz que tem que saber se interessa a ele.”* E o outro disse: *“Tive um caso em que tiraram uma fotografia de um menininho de cinco anos, à beira de uma piscina, mostrando o ‘pipi’, e de uma menina que o pai estava abaixando a calcinha. O laudo foi muito como um ‘tarado’, sem ter sido visto nem ouvido pela psicóloga. Isso é sério, porque, se um pai é ‘tarado’, não vai ter nem visitas.”*

Ambos os magistrados deixaram claro que a decisão final é deles e que, portanto, a responsabilidade é sua. Nesse sentido, lembraram que o juiz é que tem que saber o que interessa a ele e que o perito deve ater-se à perícia e não tomar o lugar do magistrado e que certas afirmações podem ser muito graves e alterar profundamente a vida das pessoas e que, depois, a responsabilidade da decisão terá sido do juiz. [...]

Outros juízes referem-se ao laudo pericial de forma mais amigável, por exemplo, lembrando que uma deficiência em relação a esse recurso é que só chega ao diagnóstico e uma deficiência da utilização desse recurso, no âmbito da justiça, é haver prazo.[...]

Há, por outro lado, juízes que dizem utilizar esse recurso com regularidade: *“No caso de estabelecimento de regime de visitas, por exemplo, eu peço estudo social e laudo psicológico. O laudo acaba mostrando como os filhos ficam divididos. Tive um caso que ao invés de dar a guarda definitiva, dei um tempo para ficar com os pais biológicos, mandei reavaliar, fazer o laudo da família, para depois poder decidir.”* Ou: *“Esses casos, só o Direito não resolve. Temos que ter a colaboração da Psicologia e do Serviço Social.”*

Em geral, os juízes mostram-se cautelosos quanto à fidelidade dos resultados: *“Não precisam acreditar que sejam verdades absolutas o que está nos laudos, mas é alguma coisa para dirigir as discussões.”*<sup>64</sup>

Ressalte-se que, mesmo com tantas vantagens e desvantagens da utilização da perícia judicial nos processos que envolvem a família, mais especificamente os de guarda e visita, sua implementação não tem o intuito de substituir ou enfraquecer o Poder Judiciário, mas sim o de introduzir meio alternativo e de auxílio na solução de controvérsias, possibilitando e facilitando a efetiva prestação jurisdicional.

### 3.3.4.2

#### 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

<sup>64</sup>CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta. *Família, separação e mediação: uma visão psicojurídica*. São Paulo: Método, 2007, p. 137-138.

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 processos 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.

Ada Pellegrini Grinover, citada por Luiz Airton de Carvalho em trabalho monográfico, defende a participação das partes, em igualdade de condições, como requisito de realização do devido processo constitucional.

Desse modo, as garantias constitucionais do devido processo legal convertem-se, de garantias exclusivas das partes, em garantias de jurisdição e transformam o procedimento em um processo jurisdicional de estrutura cooperatória, em que a garantia da imparcialidade da jurisdição brota da colaboração entre partes e juiz. A participação dos sujeitos no processo não possibilita apenas a cada um aumentar as possibilidades de obter uma decisão favorável, mas significa cooperação no exercício da jurisdição. Para cima e para além das intenções egoísticas das partes, a estrutura dialética do processo existe para obter em benefício da boa qualidade da prestação jurisdicional e da perfeita aderência da sentença à situação de direito material subjacente (*apud* Bastos & Martins, p. 264).<sup>65</sup>

---

<sup>65</sup>GRINOVER, Ada Pellegrini *apud* CARVALHO, Luiz Airton de. Princípios processuais constitucionais. *Cartilha Jurídica*. Brasília: Tribunal Regional Federal da 1ª Região, n. 28, p. 9, set. 1994.

Assim, o juiz não deve se comportar como mero operador ou porta-voz inerte do Direito<sup>66</sup>. 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 sensibilidade 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 psicólogos<sup>67</sup>.

Cabe ao juiz, além da sensibilidade<sup>68</sup>, 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

---

<sup>66</sup>Maria 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\\_detalle\\_artigo.asp?codigo=1632&cod\\_categoria=&nome\\_categoria=](http://www.jusvi.com/site/p_detalle_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).

<sup>67</sup>CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta. *Família, separação e mediação*, cit., p. 178.

<sup>68</sup>*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 [...]”

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.

### 3.3.4.3

#### A PONDERAÇÃO DOS INTERESSES EM JOGO – ALEXY

A solução para a resolução de conflitos normativos buscando a afirmação do valor máximo constitucional – a dignidade da pessoa humana – talvez esteja na técnica de ponderação de interesses, ou da proporcionalidade.

Para Alexy, princípios e regras são espécies do gênero *norma jurídica*, que, por sua vez, é o significado de um enunciado que traduz “o que deve ser” de uma sociedade. O que os diferencia é a graduação de qualidade<sup>69</sup>.

Partindo-se do pressuposto de que, segundo a teoria de Alexy<sup>70</sup>, as normas-princípios são mandados de otimização, que podem ser cumpridos em graus diferentes, dependendo somente das possibilidades jurídicas e reais, no caso de haver conflitos ou tensões entre direitos fundamentais, a solução será a hierarquização dos princípios conflitantes por meio da ponderação racional e argumentativa, identificando-se aqueles de maior ou menor peso no caso concreto em questão.

<sup>69</sup>ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 83 e 86.

<sup>70</sup>ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica* (Theorie der juristischen argumentation). Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 269.

Tal técnica consiste em se descobrir qual dos valores conflitantes e sopesados respeita com maior abrangência o princípio da dignidade da pessoa humana, além do importante critério de afirmação dos valores constitucionais.

Segundo Alexy, a ponderação ou “[...] o balanceamento é uma parte do que é requerido por um princípio mais abrangente (*comprehensive*). Esse princípio mais abrangente é o princípio da proporcionalidade (*‘Verhältnismassgeitsgrundsatz’*)”<sup>71</sup>.

Ainda para Alexy,

Quando dois princípios entram em colisão, um dos princípios tem que ceder ao outro, tal como é o caso quando segundo um princípio algo está proibido e, segundo outro princípio, está permitido. Esta colisão de princípios seria resolvida “*en la dimensión del peso*”, por meio da denominada ponderação dos interesses opostos, que trata da ponderação de qual dos interesses, abstratamente do mesmo nível, possui maior peso no caso concreto.<sup>72</sup>

No seu entendimento, deve-se recorrer necessariamente ao terreno dos valores, uma vez que há que se ponderar os interesses ou bens confrontados ou afetados conforme o ideal de justiça, ou ainda entre os interesses individuais e os estatais, no caso concreto, operação pela qual se poderá conceber se o meio se encontra em razoável proporção com o fim desejado.

Assim, ponderação racional é aquela feita com base em enunciados prioritários, como a intenção original do legislador, as conseqüências sociais maléficas e benéficas da decisão, as opiniões dogmáticas e a jurisprudência, fundamentados racionalmente. Contudo, essa prioridade não é absoluta, mas condicionada ao caso concreto e desde que indicadas as condições sob as quais um princípio precede o outro<sup>73</sup>.

A CRFB/1988, ao consignar a absoluta prioridade da efetivação dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes<sup>74</sup> sobre os direitos de outras pessoas, não previu a possibilidade de conflitos entre princípios.

<sup>71</sup>ALEXY, Robert. Direitos constitucionais, balanceamento e racionalidade. **Ratio Juris**. Oxford, V. 16, n. 2, p. 5, jun. 2003 (Tradução para uso interno: Prof. Dr. Menelick de Carvalho Netto).

<sup>72</sup>ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 89-90.

<sup>73</sup>*Ibid.*, p. 90 e 159.

<sup>74</sup>No campo dos direitos fundamentais de proteção à criança e ao adolescente, a matéria, como estudado nos capítulos anteriores, regula-se pelo artigo 227, caput, da CRFB/1988, que determina que a família, a sociedade e o Estado devem assegurar à população infanto-juvenil, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à

Em seu artigo 1º, a CRFB/1988 apresenta, como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, o macroprincípio da dignidade da pessoa humana, sustentado por vários outros direitos fundamentais – dentre eles, os expressos no artigo 6º, como a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, além da assistência aos desamparados.

Conjugados todos os princípios, e dependendo do caso concreto e dos indivíduos envolvidos – se crianças, adolescentes, adultos ou idosos –, certamente haverá a possibilidade de entrec choques de alguns desses princípios.

Mister anotar que as crianças e os adolescentes, por se encontrarem em situação peculiar de desenvolvimento – condição inerente aos seres humanos – e por representarem, no Brasil, cerca de 35,9% da população<sup>75</sup>, merecem, além da proteção integral, absoluta prioridade.

A prioridade absoluta da criança e do adolescente deve orientar toda a interpretação principiológica e da legislação infraconstitucional a ser observada pelo interprete e até mesmo pelo poder público. Assim, a atuação da Administração Pública<sup>76</sup> fica restrita à efetividade dos direitos das crianças e dos adolescentes diante da sua primazia, não excluindo, porém, os direitos fundamentais dos outros titulares, maiores de 18 anos.

---

profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além do dever de garantia de segurança contra toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, garantias estas dispostas também no artigo 4º do ECA.

<sup>75</sup>Sobre a infância e adolescência no Brasil ver: INSTITUTO CULTIVA. *Infância e adolescência no Brasil*. Disponível em: <[http://www.cultiva.org.br/pdf/Infância \\_SIND%20UTE.pdf](http://www.cultiva.org.br/pdf/Infância_SIND%20UTE.pdf)>. Acesso em: 28 nov. 2007.

<sup>76</sup>Questão importante é a do papel do administrador público, que deverá administrar para a toda a população brasileira, segundo os Princípios da Administração Pública dispostos no artigo 37, *caput* da Carta Magna – dentre eles, os da moralidade e da eficiência, direcionando o que melhor atender à população brasileira, composta não só por crianças e adolescentes, mas também por adultos e idosos. Quando da implementação de políticas públicas de assistência e de efetividade dos direitos da criança e do adolescente, a ponderação deverá ser feita mediante a situação concreta: 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. Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* [1988], *cit.*).

Conclui-se, portanto, que a absoluta prioridade dos direitos da população infanto-juvenil é ponderada, podendo, em relação a algum direito fundamental da pessoa maior de 18 anos, ter seu grau de aplicação diminuído.

Entre atender a uma pequena parcela da população e atender à população inteira, incluindo as crianças e os adolescentes, deverá o administrador fazê-lo em prol de toda a coletividade.

Lado outro, em não havendo possibilidade de atendimento a todos, diante de insuficiência de verbas, por exemplo, deve-se optar pela absoluta prioridade da criança e do adolescente.

A seu turno, Marcelo de Souza Moura, discorrendo sobre a possibilidade de conflito, afirma:

[...] abre-se espaço para uma discussão, pois existe a possibilidade do conflito entre a expectativa de implementação de políticas públicas que concretizem os direitos fundamentais dos seres humanos em processo de desenvolvimento, representada pelo Princípio da Absoluta Prioridade, e a expectativa de concretização dos direitos fundamentais dos maiores de 18 anos, que garantem uma existência humana digna.

A questão levantada se mostra mais preocupante quando observamos a realidade fática de um País como o Brasil, em que as desigualdades sociais são tão extremas, que dificultam a decisão de como, quanto e onde aplicar recursos públicos, uma vez que não se pode negar uma existência digna a ninguém, seja criança, adolescente, adulto ou idoso.<sup>77</sup>

Analisando a CRFB/1988, Alexy chamou de colisão de direitos fundamentais a situação que ocorre quando o exercício ou a realização de um direito fundamental acarreta conseqüências negativas sobre outros titulares de direitos fundamentais<sup>78</sup>.

Diante do exposto, verifica-se que o princípio da dignidade da pessoa humana e a absoluta prioridade podem ser aplicados em graus diferentes, dependendo das possibilidades jurídicas e reais.

<sup>77</sup>MOURA, Marcelo de Souza. O princípio da absoluta prioridade dos direitos de crianças e adolescentes e a dignidade humana dos maiores de 18 anos. Análise da solução de conflitos de princípios fundamentais sob o enfoque de Robert Alexy. *Jus Navigandi*. Teresina, ano 10, n. 1.193, 7 out. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9011>>. Acesso em: 22 jan. 2008.

<sup>78</sup>ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas / Atlas, n. 217, p. 67-79, 1999, p. 68.