

DIREITO DOS AVÓS (VISITA E GUARDA)

THALLES SAORES DE OLIVEIRA¹
MIGUEL PEREIRA DE VASCONCELOS FILHO²
FABIO JUNIOR COELHO BRITO³
OSVÂNIA PINTO LIMA TEIXEIRA⁴

INTRODUÇÃO

“... a afeição dos avós pelos netos é a última etapa das paixões puras do homem. É a maior delícia de viver a velhice”
Edgard de Moura Bittencourt

O presente trabalho tem como objetivo analisar algumas questões relacionadas ao direito de família, mais especificadamente, o direito dos avós à visita e guarda.

O método utilizado foi à pesquisa bibliográfica e a análise de acórdãos de tribunais do judiciário brasileiro.

Os direitos dos avós quantos aos seus netos, tem sido tema de grande discussão entre nossos doutrinadores e magistrados, uma vez trata-se de temas que são relativamente novos em nosso cotidiano jurídico, diante disto cada vez mais os avós estão indo aos juízos e tribunais objetivando a guarda e a visita dos netos.

DIREITO DE VISITA DOS AVÓS

O direito civil contemporâneo passou por muitas transformações, principalmente o direito de família, que atualmente segue a tendência de despatrimonialização do direito civil, sendo a pessoa colocada em primeiro plano em relação ao patrimônio.

O afeto, diz o saudoso doutrinador Flávio Tartuce⁵, é o principal fundamento das relações familiares.

¹ Acadêmico do 6º semestre do curso de Direito.

² Acadêmico do 6º semestre do curso de Direito.

³ Acadêmico do 6º semestre do curso de Direito.

⁴ Professora da *Universidade Estadual Vale do Acaraú* (UEVA) e da *Faculdade Luciano Feijão* (FLF).

⁵ TARTUCE, Flávio. SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. v.5. 6ª ed. São Paulo: Método, 2011.

Os avós podem ser considerados uma espécie de segundos pais (muitos até na prática são!), o que existe na relação entre netos e avós é um elo de ternura que transcende qualquer explicação sobre relações de parentesco que um dia um manual doutrinário, uma legislação ou jurisprudência possa explicar.

O direito de visita dos avós não tinha previsão legal no diploma civil, prevendo somente o direito de visitas do pai ou da mãe. Com o advento da Lei n. 12.398 de 28 de março de 2011, foi acrescentado pelo artigo primeiro da lei, o parágrafo único ao artigo 1589 do Código civil, possibilitando o direito de visita dos avós, a critério do juiz, sendo observados os interesses da criança ou do adolescente.

Antes do advento da Lei 12.398/11, existiam outros dispositivos normativos que permitiam uma interpretação e fundamentação à favor da visita dos avós. O primeiro deles pode ser encontrado no art. 227 da Constituição Federal de 1988, onde dispõe que entre os deveres a serem assegurados pela família, a sociedade e o Estado está à convivência familiar. O próprio art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA (Lei n. 8.069/1990) já assegurava a criança e ao adolescente esse direito à convivência familiar. Dentre as decisões anteriores a Lei 12.398/11, destaca-se as seguintes:

DIREITO DE VISITA ENTRE AVÓS E NETO. EMBORA O CÓDIGO CIVIL NÃO CONTEMPLE, DE MODO EXPRESSO, O DIREITO DE VISITA ENTRE AVÓS E NETOS, ESSE DIREITO RESULTA NÃO APENAS DE PRINCÍPIOS DE DIREITO NATURAL, MAS DE IMPERATIVOS DO PRÓPRIO SISTEMA LEGAL, QUE REGULA E ADMITE ESSAS RELAÇÕES, COMO EM MATÉRIA DE PRESTAÇÃO DE ALIMENTOS (ART-397), DE TUTELA LEGAL. (ART-409, I) E DE SUCESSÃO LEGÍTIMA (ART-1603), ALÉM DE OUTROS PRECEITOS. O DIREITO DOS AVÓS DE VISITAREMOS NETOS E DE SEREM POR ELES VISITADOS CONSTITUI, ASSIM, COROLÁRIO NATURAL DE UM RELACIONAMENTO AFETIVO E JURÍDICO ASSENTE EM LEI. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO. (Agravado de Instrumento Nº 590007191, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Flávio Pancaro da Silva, Julgado em 29/03/1990)

Rolf Madaleno⁶ afirma que o direito a convivência familiar deve ser compreendido como o direito a comunicação e convivência com sua família extensa.

O ECA⁷ conceitua família extensa sendo aquela que além do pai e da mãe, são parentes que a criança ou o adolescente mantém vínculos de afinidade e afetividade.

⁶ MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

Pode-se compreender o direito de convivência familiar como decorrente do princípio do melhor interesse da criança, sendo fundamental para a uma formação digna o convívio com seus parentes.

Muitas vezes quando os laços de amor existentes entre os cônjuges são aniquilados, os filhos sofrem com tal situação, não seria justo com estes privar-lhes da atenção e do carinho que um avô ou uma avó poderia dar nesses tempos difíceis, além disso são um elemento importante para o desenvolvimento social e emocional.

A título de curiosidade, o código civil português positivou no seu art. 1887-A, direito de visita aos avós, não podendo os pais privar seus filhos do convívio com seus irmão e ascendentes. Álvaro Villaça Azevedo⁸ mostra que o código civil frances seguiu os mesmos parâmetros da legislação portuguesa, vetando em seu art. 371-4, a proibição arbitrária da visita dos avós aos seus netos.

Tirar o direito dos avós a oportunidade de conviverem com seus netos, é o mesmo que tirar a delícia da última etapa de suas vidas, de negar-lhes a maior experiência da velhice que é confortar-se com o abraço e o carinho dos netos.

DIREITO DE GUARDA DOS AVÓS

Apesar do presente trabalho se voltar para a temática em que os avós ficam com a guarda dos menores, convém primeiramente fazer um aparato geral do tema com fito de melhor compreensão do fenômeno. Prosseguindo, este instituto é disciplinado no ordenamento jurídico por dois diplomas normativos, quais sejam, Código Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente.

Porém, já a título de esclarecimento, o escopo deste trabalho é voltado em princípio para a regulamentação do Código Civil sobre o assunto. Mas, em explicação à expressão “em princípio”, ainda assim será mencionado algo sobre a guarda no ECA, seja por culpa da interdisciplinariedade das matérias ou mesmo por causa da relação de complementariedade dos

⁷ ECA, Art.25, parágrafo único: Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009).

⁸ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Direitos e deveres dos avós: alimentos e visitação. *Revista Juris da Faculdade de Direito*. São Paulo, V.3, janeiro/junho. 2010.

referidos diplomas ao tratar da guarda. Com isso, poder-se-á montar uma estrutura a título de localização de cada especificidade.

A guarda consiste na prerrogativa legal atribuída aos titulares do poder familiar ou a terceiros que mantiverem com os menores relação vinculada pelo afeto, com o escopo de dirigir-lhes a formação moral e intelectual, suprir-lhes as necessidades materiais e imateriais, encaminhando-os para a vida.

Com isso, ao realizar um estudo acerca do referido instituto no Código Civil, percebe-se que a guarda do filho menor decorre do próprio Poder Familiar (art. 1.634, II, CC), ou seja, são guardiões dos filhos menores os pais. Assim, até mesmo quando da extinção do casamento ou da união estável, pelo fato de o Poder Familiar não se exaurir junto, o dever de guarda continua inerente aos deveres dos pais, ressaltando, de forma necessária, que em caso de guarda unilateral por um dos pais, o que passa a ser exercido unilateralmente é apenas uma das atribuições – guarda – do referido poder.

Dando continuidade, ainda no atual Código Civil, o artigo 1.584 traz em seu corpo, mais especificamente no §5º, o enunciado que possibilita o deferimento de guarda à terceiro que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerando, preferencialmente, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade. Com isso, vislumbra-se neste dispositivo a possibilidade de guarda de crianças ou adolescente por avós ou outros parentes, de acordo com o critério de parentesco, ou por terceiro sem parentesco, de acordo com o critério de afinidade e afetividade, sendo que a aferição destes se dá diante das circunstâncias da demanda.

Em consonância com o dispositivo em comento, o artigo 888 do Código de Processo Civil faz menção a medidas provisionais que podem ser tomadas pelo juiz, na pendência da ação principal ou mesmo antes da sua própria propositura, elencando-se dentre estes atos provisionais o inciso VII, que consubstancia que “o juiz pode ordenar ou autorizar a guarda e a educação dos filhos, regulado o direito de visita que, no interesse da criança ou do adolescente, pode, a critério do juiz, ser extensivo a cada um dos avós.

Em análise sumária e comparativa dos dispositivos por último citados, observa-se que o art. 888, VII, do CPC, faz menção expressa à possibilidade de guarda pelos avós; diferente do que ocorre no art. 1.584, §5º, do CC, que possibilita a guarda por terceiros, sendo que os critérios de

preferência incluem o grau de parentesco e as relações de afetividade e afinidade, englobando os avós, de maneira tácita, naquele quesito.

Todavia, é necessário ainda mencionar que em qualquer das situações em que terceiros serão guardiões de menores estar-se-á tratando de situação excepcional, pois, como supracitado, a guarda é uma das atribuições decorrentes do Poder Familiar, devendo ser exercida, em regra, pelos pais. Mas, apesar da regra, até mesmo a guarda dos filhos pelos pais é passível de intervenção quando se considera o princípio do melhor interesse da criança. Há julgados que, consubstanciando neste princípio e expressando a regra de guarda exercida pelos pais, deixam claro a excepcional possibilidade de guarda, vide:

Guarda de menores. Transferência para a avó materna. 1. A Constituição Federal impôs aos pais o dever de assistir, criar e educar seus filhos (artigo 229, caput, primeira parte), determinação reiterada pelo Código Civil (artigo 1.634) e pela Lei nº8.068/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), em seu artigo 22. 2. A guarda de crianças e adolescentes somente pode ser deferida a terceiros, inclusive aos avós, na hipótese de impossibilidade efetiva dos pais, como nos casos de invalidez, doença ou mesmo abandono material dos filhos. Precedentes. 3. Recurso conhecido e provido. Maioria (TJ-DF - APL: 16884420088070002 DF 0001688-44.2008.807.0002, Relator: WALDIR LEÔNICIO LOPES JÚNIOR, Data de Julgamento: 18/04/2012, 2ª Turma Cível, Data de Publicação: 27/04/2012, DJ Pág. 88)".

Diante do julgado, vale destacar que a guarda não exercida pelos pais prevista pelo ECA poderá ser dada a um terceiro, colocação em família substituta, artigo 28 da referida legislação, e que, quando da apreciação desse pedido de guarda será levado em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade e afetividade, §3º deste artigo, lembrando o comentário supra sobre as circunstâncias da demanda. Ainda no ECA, a última parte do artigo 33 dispõe a possibilidade dos guardiões opor tal atribuição a terceiros, inclusive aos próprios pais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante a pesquisa e a estruturação deste artigo, intentou-se não somente encontrar doutrinas e decisões sobre os direitos e deveres dos avós. Objetivou-se ir além, pois foi

apresentado tanto o contexto histórico como também demonstrado a relevância do afeto que deve está presente em uma família, uma vez que esta sempre deve está em uma posição privilegiada.

A instituição familiar, desde os tempo mais remotos, tem uma importância salutar para o desenvolvimento de uma sociedade, assim, cada dia mais se foi redefinindo o que e quais seriam os objetivos e fundamentos desta instituição tão essencial. No imaginário de algumas pessoas, ainda se torna comum fechar o conceito de família apenas quanto aos pais e filhos, ou seja, as obrigações somente seriam destes com aqueles ou daqueles com estes, contudo, vem se formando entendimento de que família atinge um conceito bem mais amplo, abrangendo uma maior quantidade de pessoas.

Deve-se concluir, que tais temas são importantes para o debate acadêmico, pois gera vastas discussões, possibilitando uma rica quantidade de conhecimento e informações, acrescentando tanto o sistema jurídico como a aplicação do mesmo.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. "Direitos e deveres dos avós: alimentos e visitação". In: *Revista Juris da Faculdade de Direito*. São Paulo, V.3, janeiro/junho. 2010.

BRASIL. Lei 8.069, de 13 de Julho de 1990. *Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências*. Brasília, Senado, 13 de julho de 1990.

BRASIL. *Constituição Federal*. Brasília, Congresso Nacional, 1988.

BRASIL. *Código Civil*. Brasília, Senado, 2002.

JUSBRASIL.COM.BR. Disponível em
<<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=VISITAS+DE+AV%C3%93S+AOS+NETOS>>.

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

TARTUCE, Flávio. SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. v.5. 6ª ed. São Paulo: Método, 2011.