

1

INTRODUÇÃO

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

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

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

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

A Constituição Brasileira de 1988 (CRFB/1988)² estabeleceu nova ordem jurídica, responsável pela promoção da “constitucionalização do Direito Civil”³,

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

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

³A esse respeito, MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um Direito Civil Constitucional. *Revista de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 65, p. 23 *et seq.* Em outro texto, a mesma autora afirma: “São os valores expressos pelo legislador constituinte que devem informar o sistema como um todo. Tais valores, extraídos da cultura, isto é, da consciência social, do ideal ético, da noção de justiça presentes na sociedade, são portanto, os valores através dos quais aquela comunidade se organizou e se organiza. É neste sentido que se deve entender o real e mais profundo significado, marcadamente axiológico, da chamada constitucionalização do direito civil” (MORAES, Maria Celina Bodin de. O Código Civil e o Direito Civil Constitucional. Editorial. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, v. 13, p. 2, 2003).

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

Pode-se dizer que o fenômeno da constitucionalização fez com que o Código Civil deixasse de exercer o papel de lei fundamental do Direito de Família⁵. A Constituição, na contemporaneidade, passou a tutelar as relações familiares, através dos princípios da dignidade, da solidariedade e da não-discriminação, principalmente no que se refere à criança e ao adolescente.

Maria Celina Bodin de Moraes esclarece:

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

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

Lembra Rodrigo da Cunha Pereira:

Independente de se considerar o Código Civil brasileiro de 2002 bom ou ruim, avançado ou ultrapassado, é ele o estatuto jurídico que regerá as relações civis deste século. De qualquer forma, várias alterações estão sendo providenciadas para que se aproxime um pouco mais do desejável para uma legislação, especialmente na parte referente à família. Entretanto, por mais que se aproxime do desejável ele jamais será uma fonte satisfatória do direito. Ele só se

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

⁵Maria Celina Bodin de Moraes esclarece que o direito constitucional representa o conjunto de valores sob os quais se constrói, na atualidade, o pacto da convivência coletiva, função outrora exercida pelos órgãos civis. Afirma: “O problema maior do Direito tem sido exatamente o de estabelecer um compromisso aceitável entre os valores fundamentais comuns, capazes de fornecer os enquadramentos éticos e morais nos quais as leis se inspirem, e espaços de liberdade, os mais amplos possíveis, de modo a permitir a cada um a escolha de seus atos e a condução de sua vida particular, de sua trajetória individual, de seu projeto de vida. Toda esta problemática nos põe diante do desafio de distinguir quais sejam os atributos intrínsecos a pessoa humana, cuja proteção o Direito é chamado a garantir e promover, e de que forma tais atributos devam ser, relativamente, hierarquizados” (MORAES, Maria Celina Bodin de. *A caminho de um Direito Civil Constitucional. Estado, Direito e Sociedade*. Rio de Janeiro: Departamento de Direito da PUC-RIO, V. 1, p. 4, 1991).

⁶*Loc. cit.*

aproximará do ideal de justiça se estiver em consonância com uma hermenêutica constitucional e de acordo com os princípios gerais do direito e também com os princípios específicos e particulares do Direito de Família [...].⁷

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

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

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

Abordar-se-á, para a melhor exposição do tema proposto, não a família em seu sentido restrito (núcleo formado pelos pais e filhos), mas aquela protegida pelo Estado, a família em seu sentido amplo – ou seja, todos os indivíduos ligados pelo vínculo da consangüinidade (unidos pelo parentesco), da afinidade (incluindo-se os ascendentes, descendentes e colaterais do cônjuge), como também aqueles ligados pela afetividade.

Partindo-se do conceito de família como um agrupamento, uma comunidade de indivíduos ligados por laços de afeto, solidariedade, experiências e projetos de vida¹⁰, deparar-se-á com alguns princípios de suma importância para a

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

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

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

¹⁰“A família tem sido vista como um espaço privilegiado de solidariedade e de realização pessoal. A idéia de ambiente familiar experimenta, na contemporaneidade, um momento de esplendor, tendo se tornado um anseio comum de vida, com o desejo generalizado de fazer parte de formas agregadas de relacionamento baseadas no afeto recíproco” (MORAES, Maria Celina Bodin de. A família democrática. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Anais do V Congresso*

garantia do direito de visita do menor: o princípio da dignidade humana, previsto no artigo 1º, inciso III da CRFB/1988, trazido para o âmbito da criança e do adolescente através do artigo 227; o princípio da não-discriminação; o princípio da solidariedade; o princípio da afetividade.

O artigo 227 da CRFB/1988, berço dos direitos humanos fundamentais, individuais e sociais da criança e do adolescente, trouxe novos contornos ao Direito da Infância e da Juventude¹¹.

O princípio da dignidade da pessoa humana¹² pressupõe a construção de respeito à sua liberdade, ao mesmo tempo em que reconhece o menor em sua particularidade e singularidade.

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

Daí o surgimento do direito à convivência familiar¹³ como forma de propiciar o ambiente ideal para o desenvolvimento e a construção da identidade da criança e do adolescente.

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

Brasileiro de Direito de Família: família e dignidade humana. Belo Horizonte: IBDFam, 2006, p. 2).

¹¹TAVARES, José de Farias. *Direito da infância e da juventude*, cit., p. 60 et seq.

¹²TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. ***Família, guarda e autoridade parental***. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 61. Sobre o tema, também na doutrina, ALVES, Cleber Francisco. *O princípio constitucional da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da Igreja*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, n. 9, p. 3-24, jan./mar. 2002; BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio constitucional da dignidade humana*. São Paulo: Freitas Bastos, 1999; SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas / Atlas, n. 212, p. 89-94, abr./jun. 1998.

¹³TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*, cit., p. 132 et seq. Sobre direito à convivência familiar, v. PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 174.

Diante do laço afetivo de convívio, embora não expresso na sistemática das leis que regulam as relações de família, é evidente o direito de os parentes – e as pessoas ligadas por laços de afetividade – se avistarem com as crianças e os adolescentes, direito esse fundado na solidariedade familiar e nas obrigações oriundas do parentesco, como é o caso dos avós, unidos aos netos inclusive por vínculos jurídicos: além da obrigatoriedade da prestação de alimentos, os avós podem ser nomeados tutores dos netos na falta dos pais, de acordo com o artigo 1.697 do Código Civil de 2002 (CC/2002)¹⁴.

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

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

Desse modo, a escolha do título *A extensão do direito de visita com base no afeto: dignidade da pessoa humana e garantia de convivência familiar* como objeto de dissertação tem como objetivo contribuir para melhor compreensão deste instituto e para demonstrar toda a problemática que o envolve.

A pesquisa realizada versa acerca da defesa do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e da garantia de convivência familiar, tendo como pilares os princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da não-discriminação e da convivência familiar.

Primeiramente, para melhor compreensão do instituto, empreende-se breve estudo sobre princípios e regras, passando-se por seu conceito, pelas características de sua aplicação pelo juiz e por sua valoração. Evidentemente, considerando-se a complexidade e a abrangência do instituto, não é possível a

¹⁴BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 5 jan. 2008.

realização de estudos profundos. Contudo, efetiva-se breve abordagem dos aspectos principiológicos gerais, discorrendo-se sobre sua evolução histórica e suas formas de reconhecimento.

Em um segundo momento, trata-se do princípio da dignidade da pessoa humana e suas projeções: a solidariedade e a não-discriminação.

Em vista dos princípios a serem abordados e da proteção à unidade familiar, o tema coloca-se sempre sob a ótica do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)¹⁵, focando o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Finalmente, aborda-se a convivência familiar e o direito de visita do e ao menor por outros parentes e pelas demais pessoas a eles ligadas por laços de afetividade, além das questões processuais quanto à efetiva garantia ao direito de *conviver*, considerando-se as partes, os aspectos relativos ao valor dos laudos periciais, a postura do magistrado e ainda a questão relativa à ponderação dos interesses em jogo.

O objetivo geral da dissertação será discutir os princípios constitucionais sob a ótica da criança e do adolescente, como forma de propiciar uma nova concepção de família: democrática, solidária e fundada sob as bases do Estado Democrático de Direito.

¹⁵BRASIL. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Institui o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 28 mar. 2007.