

Direito de visita

FÁBIO MARIA DE MATTIA

Professor Livre-Docente do Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

SUMÁRIO

1ª Parte — DIREITO DE VISITA EM GERAL

- 1) Conceito de direito de visita
- 2) Natureza jurídica do direito de visita
- 3) Fundamento legal do direito de visita
- 4) Conteúdo do direito de visita
- 5) Sujeito ativo e sujeito passivo do direito de visita
- 6) Fixação do direito de visita
- 7) Limites ao exercício do direito de visita
- 8) Conclusões

2ª Parte — DIREITO DE VISITA DE AVÔ

- 1) Introdução
- 2) Da origem do direito de visita dos avós
- 3) Da natureza jurídica do direito de visita dos avós
- 4) Conflito entre o direito dos avós e as prerrogativas derivadas do pátrio poder
- 5) Os limites impostos à autoridade paterna e os efeitos do direito de visita dos avós
- 6) Problema da confusão entre o direito natural de visita e o direito de visita decorrente da ajuda dos avós para o sustento dos netos
- 7) Conclusões

Palavra proferida na "3.ª Semana de Estudos de Direito Civil", organizada pelo Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, aos 24 de setembro de 1979.

1) Conceito de direito de visita

Pondera AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO que o desmembramento da guarda configura-se quando os pais se separam de fato ou de direito (separação de fato, separação judicial, separação judicial consensual, divórcio, nulidade de casamento) quando então a guarda é deferida a um dos cônjuges. Isto acarreta como consequência o surgimento do direito de visita, ou seja, o reconhecimento do direito de se comunicar com o menor e sua regulamentação ao progenitor que não exerce a guarda. Este direito é denominado, tradicionalmente, de visita, mas AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO não considera o termo apropriado porque tal comunicação não se deve realizar, necessariamente, nem como regra geral, mediante a visita do pai ao filho, sendo de se ressaltar que o problema não se limita ao contato físico periódico com o filho, mas manifesta-se através de outros aspectos, como a vigilância na educação, a manutenção de correspondência epistolar etc. (1).

Ensina GUILLERMO A. BORDA que o direito de visita é reconhecido ao cônjuge a quem não se outorga a guarda dos filhos desde que não se tenha ele enquadrado numa das hipóteses de perda do pátrio poder, quando então como consequência ficará privado do direito de visita (2).

Mas, em verdade, nós devemos analisar o direito de visita num aspecto mais amplo como faz o Código Civil argentino, através da modificação introduzida pela Lei nº 21.040, que incorporou a ele o art. 376 bis que estatui:

“Los padres, tutores o curadores de los menores o incapaces, o quienes tengan a su cuidado personas mayores de edad enfermas o imposibilitadas deberán permitir las visitas por los parientes que, conforme a las disposiciones del presente capítulo, se deban recíprocamente alimentos. Se se dedujere oposición fundada en posibles perjuicios a la salud moral o física de los interesados, el juez resolverá en trámite sumario lo que corresponda, estableciendo en su caso el régimen de visitas más conveniente de acuerdo con las circunstancias del caso.”

Em verdade não tendo sido o pátrio poder perdido, mas apenas diminuído, em razão do desquite, o pai ou mãe que é privado da guarda do filho conserva sobre ele um direito de vigilância, que se exerce, ha-

(1) AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — *Manual de Derecho de Familia*, tomo II, 3.ª edición, actualizada, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1979, págs. 283 e 284.

(2) GUILLERMO A. BORDA — *Tratado de Derecho Civil Argentino, Familia II* — 5.ª edição atualizada, Buenos Aires, Editorial Perrot, 1973, pág. 412.

bitualmente, sob a forma de um direito de visita e de um direito de correspondência ⁽³⁾.

Nada impede que o magistrado, dentro do conceito amplo de direito de visita que adotamos, venha transformar "o direito de visita em temporária permanência em poder do outro genitor em ocasiões especiais, como férias escolares. Para esse fim, tomará as medidas acautelatórias, a fim de preservar a saúde ou a moralidade do menor" ⁽⁴⁾.

Tão grave é o respeito ao sagrado direito de visita que "não pode o cônjuge sob cuja guarda ficarem os descendentes recusar ao outro o exercício do direito de visita, salvo por motivo de suma gravidade. Negativa infundada é inadmissível e pode induzir, em derradeira consequência, até a perda da guarda" ⁽⁵⁾.

2) Natureza jurídica do direito de visita

O direito de visita é **irrenunciável**. Será nula toda avença visando a renúncia a tal direito sendo certo que no mais das vezes tal renúncia seria obtida sob pressão das circunstâncias ou por necessidades econômicas etc. ⁽⁶⁾.

ORLANDO GOMES, em seu anteprojeto, já havia previsto este caráter de irrenunciabilidade no art. 160 que dispõe:

"Direito de visita — Seja qual for a causa do desquite e o modo por que se regule a situação dos filhos, é assegurado aos pais o direito de vê-los, visitá-los e recebê-los, nas condições que o juiz determinar.

Parágrafo único — No desquite amigável é proibida qualquer estipulação que iniba um dos pais de exercer os direitos assegurados neste artigo."

CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA, após afirmar que o direito de visita não pode ser negado ainda que o procedimento do pai ou da mãe seja condenável, lembra que o juiz pode resguardar os menores de todo abuso (agressão, seqüestro, maus conselhos), mas não pode suprimir a visita, que é **daqueles direitos que melhor se caracterizam como deveres** ⁽⁷⁾.

(3) J. DO AMARAL GURGEL — *Desquite*, vol. I, 3.ª edição revista, São Paulo, Edição Saraiva, 1957, pág. 318.

(4) WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO — *Curso de Direito Civil — Direito de Família*, 17.ª edição revista e atualizada, São Paulo, Edição Saraiva, 1978, pág. 229.

(5) NEY DE MELLO ALMADA — *Manual de Direito de Família*, São Paulo, Hemeron Editora, 1978, pág. 387.

(6) No mesmo sentido quanto à irrenunciabilidade NEY DE MELLO ALMADA, *ob. cit.*, pág. 397.

(7) CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA — *Instituições de Direito Civil*, volume V, "Direito de Família", Rio, Forense, 1972, pág. 156.

Por outro lado o direito de visita não tem **caráter definitivo**, pois, sempre que as circunstâncias o aconselharem, deverá se modificar a pedido da parte interessada. Entre estas circunstâncias podemos enumerar a saúde do menor, o seu regime de estudos, a modificação no trabalho do parente visitante (8).

OLIVEIRA E SILVA indaga se podem as partes, na separação judicial consensual, celebrar acordo sobre a desistência, por um prazo determinado, ou não, de uma delas, de visitar os filhos. Responde afirmando que tal renúncia, a não ser se ocorre insensibilidade moral, somente se obtém mediante coação contra o cônjuge mais fraco, a quem se ameace de escândalo ou, abusando de sua ignorância, de perda de pensão alimentícia, se negar-se a subscrever semelhante cláusula no desquite amigável. Seria aviltar, injustamente, a natureza das mães, fazê-las concordar, de bom grado, com esse desinteresse completo e antibiológico pelo filho a quem dera os cuidados naturais do sacrifício de aleitadora e educadora. Diante do antigo cônjuge, que reclama um encontro com o filho, nenhum juiz poderá negá-lo a pretexto de sua renúncia expressa em cláusula de desquite. Cabe-lhe, unicamente, não ampliar esse direito ante a relevância de motivos morais (9).

3) Fundamento legal do direito de visita

O Código Civil não se referia ao direito de visita tendo sido o Decreto-Lei nº 9.701, de 3 de setembro de 1946, o primeiro diploma legal a assegurar, expressamente, o direito de visita ao progenitor ao qual, em decorrência de desquite litigioso, não tivesse sido deferida a guarda.

O art. 326 do Código Civil, na redação que lhe deu a Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, prevê o direito de visita na hipótese de existirem filhos menores e de se tratar de separação consensual judicial.

A chamada Lei do Divórcio, Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, no art. 15 prevê o direito de visita de maneira ampla ao progenitor que não esteja na guarda do filho ao estatuir que:

“Os pais, em cuja guarda não estejam os filhos, poderão visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo fixar o juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.”

E o art. 14 da referida lei, repetindo o art. 328 do Código Civil, determina que as regras sobre guarda e sustento dos filhos previstas para a eventualidade de desquite litigioso aplicam-se, também, quando houver anulação de casamento (10).

(8) GUILLERMO A. BORDA — ob. cit., pág. 414.

(9) OLIVEIRA E SILVA — *Desquite e Divórcio*, 3.ª edição aumentada, Rio—São Paulo, Livraria Freitas Bastos S/A, 1964, pág. 142.

(10) SÍLVIO RODRIGUES — *Direito Civil — Direito de Família*, vol. VI, 6.ª edição revista e atualizada, São Paulo, Edição Saraiva, 1978 — capítulo “Guarda e Proteção dos Filhos”, em especial págs. 254 e 257.

4) Conteúdo do direito de visita

A epígrafe diz respeito às prerrogativas gerais ligadas ao direito de visita. Lembra GENEVIÈVE VINEY que a idéia diretriz da jurisprudência francesa foi de criar um direito de natureza puramente afetiva com o objetivo de permitir a quem visita de manifestar sua afeição à criança através de prerrogativas necessárias à exteriorização de seus sentimentos.

O direito de visita engloba, além da possibilidade de visitar a criança, o direito de se corresponder com ela e de hospedá-la.

a) As visitas constituem a manifestação mais corrente. Quanto ao lugar das visitas não é necessário que se verifiquem no domicílio da criança, mas podem ocorrer no domicílio do titular do direito de visita, de um terceiro ou em qualquer lugar que se apresente como cômodo. O titular do direito de visita tem o direito de afastar testemunhas.

A jurisprudência francesa não fixa a priori a duração e a freqüência das visitas deixando tal tarefa ao juiz.

Quanto às despesas e encargos que resultam das visitas, tais como despesas de locomoção e obrigação de acompanhar a criança, podem ser divididas entre o titular do direito de visita e o detentor da guarda, não devendo, pois, ser suportadas, necessariamente, pelo titular do direito de visita.

b) O direito de correspondência é tido como uma das prerrogativas do titular do direito de visita e desenvolve-se por escrito, por telefone ou por outro meio. A jurisprudência francesa não regula nem a extensão nem a freqüência das cartas. Parece, pois, necessário, se se desejar evitar que as cartas se tornem um entrave ao exercício do pátrio poder, reservar ao titular da guarda o direito de fazer cessar, através do Poder Judiciário, os abusos eventuais, solicitando a limitação da amplitude da correspondência. O titular da guarda, por outro lado, não pode exercer um controle pessoal como, por exemplo, de ler as cartas endereçadas ao menor pelo titular do direito de visita já que o primeiro não está autorizado a presenciar as visitas.

c) Não se tem criado embaraços para que o menor passe períodos no domicílio do titular do direito de visita, tendo-se mesmo considerado a estada como simples modalidade de visitas⁽¹¹⁾.

Tais períodos devem coincidir com as férias escolares a fim de não tumultuar a vida de estudos do menor.

O direito do titular do direito de visita de ter o menor em sua companhia justifica-se, também, pelas suas condições de saúde, dificuldade de locomoção etc.

(11) GENEVIÈVE VINEY — "Du Droit de Visite", in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, ano 1965, volume 63, pág. 252.

O art. 15 da Lei nº 6.515, em conclusão, ao falar no direito atribuído ao cônjuge a quem não se deferiu a guarda de ter os menores em sua companhia, é o reconhecimento do direito de hospedá-los que foi admitido na França através de longa construção jurisprudencial.

5) Sujeito ativo e sujeito passivo do direito de visita

AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO, comentando o art. 376 **bis** do Código Civil argentino, salienta que tal artigo ampliou o sujeito ativo e o sujeito passivo do direito de visita.

Ensina que são **sujeitos ativos do direito de visita** não só os avós e outros ascendentes legítimos, mas, também, os descendentes legítimos, os irmãos legítimos, os sogros legítimos, o genro e nora legítimos, e os avós e netos extramatrimoniais. Nós preferimos desconhecer a palavra legítimo em cada uma destas categorias.

AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO cita GUASTAVINO para quem o dispositivo legal regula o exercício do direito de visita por parte dos parentes a quem se atribui um **direito subjetivo** de efetuá-la admitindo que outros parentes possam invocar um interesse **legítimo protegível** na medida em que coincidisse com o interesse superior das pessoas a serem visitadas. E enumera os pais de sangue com relação a seus filhos adotados por outras pessoas, os irmãos ilegítimos, os padrastos em relação aos enteados e os demais parentes não vinculados pelo dever de alimentar recíproco (como os tios, sobrinhos e primos).

GUASTAVINO admite, inclusive, que possam invocar interesse legítimo para o exercício do direito de visita algumas pessoas como os padrinhos e a esposa do tutor cujo contato com os visitados possa favorecer o seu desenvolvimento espiritual e psíquico ⁽¹²⁾.

EDUARDO A. ZANNONI divide as situações afirmando que o **direito subjetivo** que legitima o direito de visita é atribuído aos parentes unidos por vínculo de obrigação alimentar com base legal e, por outro lado, por interesse legítimo baseado no **interesse familiar**, prerrogativa reconhecida aos parentes que não se devem reciprocamente alimentos ⁽¹³⁾.

GENEVIÈVE VINEY fala em direito de visita **de princípio**, ligando-o à relação de parentesco e sem fundamentá-lo nos interesses particulares das crianças. Ex.: o direito de visita dos ascendentes.

Mas existe um direito de visita **virtuel** dependendo de circunstâncias particulares, o que se dá por exemplo com os colaterais ⁽¹⁴⁾.

(12) AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — *Manual de Derecho de Familia*, tomo II, 3.ª edición actualizada, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1979, págs. 387 e 388. No mesmo sentido EDUARDO A. ZANNONI — *Derecho Civil — Derecho de Familia*, I, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1978, pág. 107.

(13) EDUARDO A. ZANNONI — ob. cit., pág. 108.

(14) GENEVIÈVE VINEY — ob. cit., pág. 237.

São sujeitos passivos do direito de visita não só os menores de idade, mas, também, os maiores incapazes, doentes ou impossibilitados.

A redação do art. 15 da Lei nº 6.515 deve ser criticada por ser deveras restritiva. Já que objetivou introduzir modificações no capítulo do Código Civil reservado à regulação da "guarda e proteção dos filhos", deveria ter ido além, aumentando o campo de exercício do instituto ampliando os sujeitos ativos.

Como o instituto deve ser aplicado, também, aos maiores incapazes, doentes ou impossibilitados, estendendo-se, pois, o campo dos sujeitos passivos, **de jure constituendo**, ao se regular o exercício dos institutos de proteção aos incapazes, dever-se-á inserir um artigo sobre o direito de visita.

Outra alternativa seria desenvolver em capítulo autônomo o direito de visita abrangendo todos os sujeitos passivos.

— O direito de visita dos padrinhos de batismo:

Também lhes é reconhecida tal prerrogativa quando, por exemplo, durante longo período colaboraram no sustento e educação do menor ainda que com autorização da mãe⁽¹⁵⁾.

Trata-se do parentesco espiritual do Direito Canônico. A visita dos padrinhos pode ser autorizada se os representantes legais dos menores ou incapazes a impedirem sem razão justificada. Aplicar-se-ão na hipótese os princípios gerais segundo os quais o pátrio poder, a tutela e a curatela são instituições estabelecidas em benefício dos incapazes cabendo aos tribunais corrigir os abusos dos representantes legais⁽¹⁶⁾.

— O direito de visita quando os filhos estiverem sob a guarda de terceiros:

Quando se tratar de filho que esteja sob os cuidados de terceira pessoa que não seu pai, devemos vislumbrar duas situações: se o abandono é culposo ou se foi imposto pelas circunstâncias. Na primeira eventualidade o pai perde o pátrio poder não podendo invocar o direito de visita, sendo certo que não se exige a decretação da perda do pátrio poder, bastando que a oposição da terceira pessoa que exerce a guarda do menor se baseie em fatos que permitam aquela sanção.

Na segunda hipótese não se poderia negar ao pai o exercício do direito de visita a não ser por determinação judicial fundamentada no interesse do menor. Por exemplo, se o menor foi criado e educado persuadido de serem os terceiros exercentes da guarda os verdadeiros pais⁽¹⁷⁾.

(15) GUILLERMO A. BORDA — ob. cit., pág. 414.

(16) EDUARDO A. ZANNONI — ob. cit., pág. 108.

(17) GUILLERMO A. BORDA — ob. cit., pág. 413.

Estes terceiros terão direito de visita se, ao depois, deixarem de exercer a guarda, principalmente, quando a desempenharam por um período prolongado, com desprendimento e amor e às suas custas.

Por outro lado, se a guarda era remunerada e/ou se as circunstâncias assim o exigirem, o direito de visita não deverá ser reconhecido ⁽¹⁸⁾.

— **O direito de visita quando os filhos tiverem sido adotados por terceiros:**

Neste caso o critério judicial para reconhecer o direito de visita dos pais de sangue deve ser restritivo ainda que não tenham incidido numa das hipóteses de perda do pátrio poder. Urge evitar a perturbação que pode se configurar na formação do menor com a presença do choque de sentimentos entre dois pais. O conflito deve solucionar-se a favor do vínculo legal, o qual autoriza o afastamento do verdadeiro pai, mas o juiz pode, em considerando justo e conveniente para com o menor, levadas em conta as circunstâncias do caso, regulamentar o direito de visita ⁽¹⁹⁾.

Numa posição oposta admite-se que a adoção e a legitimação adotiva não impedem que os pais de sangue conservem o direito de manter relacionamento com a criança conforme abundante jurisprudência coletada por GENEVIÈVE VINEY, isto quando os pais não tenham faltado com seus deveres para com os filhos ⁽²⁰⁾.

6) **Fixação do direito de visita**

Na separação consensual judicial regular-se-á o direito de visita, e é importante lembrar, conforme a lição do Professor WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, que "existe o direito de visitar, não o direito de ser visitado" ⁽²¹⁾.

NEY DE MELLO ALMADA lembra que "as partes podem ajustar livremente os dias, locais, tempo de duração e outros pormenores inerentes à visitação dos filhos. Pacto dessa natureza tem força vinculativa, obrigando a ambos. Ao prejudicado por eventual inobservância assiste sempre o recurso à Justiça, no intuito de assegurar a efetividade de seu inabdicável direito de visitação" ⁽²²⁾.

Quando se tratar de separação judicial e não houver possibilidade de os cônjuges acordarem quanto à regulamentação das visitas, esta será efe-

(18) GUILLERMO A. BORDA — ob. cit., pág. 414.

(19) GUILLERMO A. BORDA — ob. cit., pág. 413.

(20) GENEVIÈVE VINEY — ob. cit., pág. 238, nota 62.

(21) WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO — ob. cit., pág. 229.

(22) NEY DE MELLO ALMADA — ob. cit., pág. 403.

tuada pelo magistrado "designando dia, hora e local para a sua realização, de acordo com o desejo, comodidade e possibilidade dos interessados" (23).

Ensina, também, NEY DE MELLO ALMADA que "alteração de ordem no tocante às visitas deve ser tratada em ação de procedimento ordinário, reconhecendo-se à sentença, que a julgar, eficácia constitutiva. Injustificada denegação da criança ao contato reclamada pelo outro cônjuge, seu pai pode, em determinadas hipóteses, legitimar a propositura de busca e apreensão, para que, então, a critério do juiz, possa realizar-se a visita. Para se tornar praticável modificação do regulamento das visitas, antes fixado por acordo entre as partes ou sentença judicial, obviamente deve o prejudicado, ao propor a ação, demonstrar interesse moral. Motivação grave ou, ao menos, relevante é de se exigir, ademais, para introduzir-se na situação qualquer termo novo, sabido que, para a criança, sempre subsiste a possibilidade de experimentar abalo prejudicial ante alterações em seu programa de vida, notadamente sob o prisma emocional e afetivo" (24).

7) Limites ao exercício do direito de visita

AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO traça os limites ao exercício do direito de visita. Salienta que o **direito de visita não é absoluto**, pois, por humana que se apresente a solução de nunca privar o pai ou a mãe do direito de ver seus filhos, situações se podem configurar em que o exercício do direito de visita pode ser fonte de prejuízos — principalmente no aspecto moral — sendo certo que todos os problemas devem ser solucionados à luz do princípio de que é o interesse dos menores o que deve prevalecer.

A privação do direito de visita só pode ocorrer por causas muito graves que coloquem em risco a segurança ou saúde física ou moral dos menores. A título exemplificativo, teríamos configurada tal situação quando os menores revelam estado psíquico que se altera, se torna mais grave, quando da visita do pai ou da mãe ou quando se configura a necessidade de se encontrar com a mãe que durante muito tempo não procurou visitá-lo ou quando o pai não contribui para a manutenção do filho nem demonstra interesse em vê-lo ou quando a mãe abandona a filha de poucos meses que é entregue a um casal que a educa como filha.

Observa, também, que podem ser suspensas as visitas do pai quando este não cumpre seu dever de prestação alimentícia, a não ser que isso ocorra em decorrência de circunstâncias alheias à sua vontade, como a falta material de recursos acrescida da impossibilidade de adquiri-los atra-

(23) WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO — ob. e local citados. Consultar, também, JEFFERSON DAIBERT — *Direito de Família*, Rio, Forense, 1973, pág. 253.

(24) NEY DE MELLO ALMADA — ob. cit., pág. 404.

vés de seu trabalho, pois trata-se de obrigação primordial sem cujo cumprimento não pode pretender exercer os direitos correlativos nem alegar um carinho não demonstrado (25 e 26).

EDUARDO A. ZANNONI, após salientar caber ao juiz decidir sobre o que for mais conveniente, lembra que a conveniência deve referir-se, em primeiro lugar, à pessoa visitada, ou seja, tendo em vista que o regime de visitas atenda em primeiro lugar ao interesse da pessoa visitada. Mas levar-se-ão em conta as situações particulares que possam interessar e não apenas a visita, mas, também, a freqüência ou periodicidade, lugar, horários etc. (27).

O direito de visita deve ser reconhecido por maiores que sejam as culpas do genitor, mas poderá até ser suprimido quando estiver sendo contraproducente na vida e formação dos filhos. O juiz, nestas circunstâncias, poderá "reduzir ao mínimo o número de visitas e até suprimi-las, se julgar imprescindível tão extrema providência" (28).

No mesmo sentido YUSSEF SAID CAHALI que fala em "trato pessoal" entre o cônjuge ao qual não compete a guarda pessoal do filho e este (29).

Como afirma JEFFERSON DAIBERT, "seria desumano privar os pais de visitar os filhos, como seria monstruoso tirar aos filhos o direito de ver seus pais. Todavia, continua o juiz com o direito de, denunciada a nocividade da visita de qualquer dos genitores desquitados, na forma determinada, reduzir até ao extremo de eliminar as visitas, se isto for em benefício de proteção da prole" (30).

8) Conclusões

1) O direito de visita deve ser entendido de modo mais amplo para abranger o direito que os parentes têm de visitar as pessoas com quem mantêm relações de parentesco, quer sejam menores ou incapazes, quer sejam pessoas de maior idade enfermas ou impossibilitadas. Contudo, trata-se "daqueles direitos que melhor se caracterizam como deveres".

2) O direito de visita é irrenunciável.

3) O direito de visita não tem caráter definitivo, pois, sempre que as circunstâncias o aconselharem, deverá modificar-se a pedido da parte interessada.

(25) AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — ob. cit., pág. 284.

(26) No mesmo sentido EDUARDO A. ZANNONI — ob. cit., pág. 109.

(27) EDUARDO A. ZANNONI — ob. cit., pág. 109.

(28) WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO — ob. cit., pág. 229.

(29) YUSSEF SAID CAHALI — *Casamento Putativo*, São Paulo, Lex Editora S.A., 1972, pág. 164.

(30) JEFFERSON DAIBERT — ob. cit., pág. 253.

4) O direito de visita não é absoluto, pois, por humana que se apresenta a solução de nunca privar o pai ou a mãe do direito de ver seus filhos, situações se podem configurar em que o exercício do direito de visita pode ser fonte de prejuízos — principalmente no aspecto moral — sendo certo que todos os problemas devem ser solucionados à luz do princípio de que é o interesse dos menores o que deve prevalecer.

5) O art. 15 da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, prevê o direito de visita de maneira ampla ao progenitor que não esteja na guarda ao estatuir que: “Os pais, em cuja guarda não estejam os filhos, poderão visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo fixar o juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação”. Mas tal redação deve ser criticada por ser deveras restritiva, pois deveria ter ido além, aumentando o campo de exercício do instituto ampliando os sujeitos ativos.

6) Por sujeito ativo do direito de visita temos os avós e outros ascendentes, mas, também, os descendentes, os irmãos, os sogros, o genro e a nora, os padrastos em relação aos enteados e os demais parentes não vinculados pelo dever de alimentar recíproco (como os tios, sobrinhos e primos).

2ª PARTE — DIREITO DE VISITA DE AVÔ

1) Introdução

O direito de visita dos avós aos netos menores é tema atual, pois, vez por outra, nossos tribunais são chamados a decidir sobre o assunto. Contudo, a lei brasileira é silente sobre o direito de visita dos avós. A doutrina e a jurisprudência nacionais, porém, reconhecem o direito de visita dos avós. Entre os julgados favoráveis podemos citar RT, 187/892; RT, 258/545; RT, 463/84 e segs.; **Ementário Forense**, junho, 1952, ano VI, nº 43; **Ementário Forense**, novembro, 1954, ano VI, nº 72; **Ementário Forense**, agosto, 1956, ano VIII, nº 93, e **Íncola F-14** — 485/69-14.

É importante desde logo assinalar que o direito de visita dos avós aos netos menores é reconhecido, ainda que a isso se oponham os pais dos menores.

Como ensina ALAIN SAYAG, “esta prerrogativa reconhecida aos avós foi concebida, originariamente, como um simples **direito de visita** no sentido estrito do termo, mas, aos poucos, ampliou-se para se transformar em verdadeiro **droit aux relations personnelles**. Esta evolução extensiva estava na natureza das coisas. A estada da criança em casa dos avós durante as férias é um dado constante na sociologia familiar. Mas, prosaicamente, a hospedagem permanece como um único meio praticável de encontro entre avós e netos: evita um contato que se tenha trans-

formado intolerável entre os primeiros e seus filhos, encontro que seria inevitável se os avós devessem ir ao lar de seus filhos para visitar seus netos" (31).

A qualidade de avô é um título suficiente para limitar o exercício do pátrio poder no que concerne ao direito de comunicar-se com a criança.

2) Da origem do direito de visita dos avós

A doutrina e a jurisprudência francesas foram chamadas a resolver tal controvérsia, em face da inexistência de texto legal, sendo mesmo problema jurídico objeto de rica construção pretoriana, sempre admitindo o direito dos avós de, através de prestação jurisdicional ou não, ver reconhecido seu direito de visita. Autores mais antigos como DEMOLOMBE, PLANIOL, RIPERT e SAVATIER, COLIN e CAPITANT preocuparam-se com o tema, assim como autores dos mais modernos como ALEX WEILL e JEAN CARBONNIER.

Os autores costumam encontrar a origem deste direito na própria organização da família, sendo seu fundamento a solidariedade de seus membros, para a qual concorre em grande parte a convivência mais ou menos intensa ou, em outras palavras, esse direito baseia-se na solidariedade da família que por sua vez exsurge dos laços afetivos só possíveis de existir quando houver conveniência.

Ensina o Prof. SÍLVIO RODRIGUES que "tal direito deflui não só da solidariedade familiar e da presumida afeição que os avós têm por seus netos, como também e principalmente da idéia de que o pátrio poder é um direito suscetível de abuso. Assim, p. ex., se o titular do pátrio poder, no exercício das prerrogativas dele derivadas, por mero espírito de emulação, impede que os avós visitem o neto, exerce seu direito de maneira abusiva, pratica ato ilícito na forma do art. 160, I, parte final, do Código Civil, dando ensejo a que o Poder Judiciário emende sua atitude. Desse modo, parece-me, é como consequência da aplicação da idéia de abuso de direito no exercício do pátrio poder que se encontra a origem do direito de os demais ascendentes, que não os pais, visitarem seu descendente" (32).

JEAN CARBONNIER ao tratar do assunto assevera que "derrière les père et mère, les grands-parents ont comme une ombre de puissance paternelle" (33).

(31) ALAIN SAYAG — "Les grands-parents dans le droit de la famille", in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1969, pág. 61.

(32) Parecer, pág. 6.

(33) JEAN CARBONNIER — *Droit Civil*, 2 — *La Famille, les Incapacités*, Paris, Presses Universitaires de France, 1969, pág. 380.

Como assinala CUNHA GONÇALVES, "os deveres de respeito e afeição para com os ascendentes fazem parte da obrigação de educar" (34).

O anteprojeto do art. 371-4 do Código Civil francês estipula que "les père et mère ne peuvent, sauf motif grave, faire obstacle aux relations personnelles de l'enfant avec ses grands-parents".

GENEVIÈVE VINEY traça com grande precisão a evolução e o estado atual em que se encontra o direito de visita:

"Contudo o direito de visita mudou sua orientação. Sua silhueta primitiva tende a modificar-se para satisfazer imperativos novos. Quando surgiu, constituía uma verdadeira prerrogativa de natureza puramente civil destinada a manter liames afetivos que o direito não queria, completamente, desconhecer, ainda que contradissem a organização jurídica da proteção da criança. Destinado a satisfazer a afeição frustrada do visitante, não se inspirava diretamente no interesse da criança."

E continua:

"Ao contrário, a evolução das concepções e o desenvolvimento das medidas protetoras da infância levaram, em seguida, a jurisprudência a utilizar-se desse direito numa ótica muito diferente que o assemelha cada vez mais nitidamente a uma medida de segurança. O interesse da criança assume um lugar mais importante e o aspecto de prerrogativa civil é substituído pela noção de direito-função e mesmo pela idéia de medida de defesa social" (35).

3) Da natureza jurídica do direito de visita dos avós

A natureza jurídica do direito de visita dos avós está no fato de ser um direito natural. Os avós têm o direito de visita aos netos como prerrogativa específica decorrente **jure sanguinis** que se integrou aos outros direitos que a lei lhes atribui explicitamente com relação aos netos.

ALAIN SAYAG vê no direito natural o fundamento de certas prerrogativas reconhecidas aos avós:

"Les liens d'une affection particulière fondée sur ceux du sang doivent être, pour les grands-parents, en vertu du droit naturel, la source de certaines prérogatives" (36).

ALAIN SAYAG fala mesmo num "liame de filiação direto" entre avós e neto e numa ressonância muito nítida do "dever de honra e de respeito"

(34) CUNHA GONÇALVES — *Tratado de Direito Civil*, vol. 2.º, t. I, pág. 442.

(35) GENEVIÈVE VINEY — *ob. cit.*, pág. 259.

(36) ALAIN SAYAG — *ob. cit.*, pág. 68.

que o filho sempre deve a seus pais, conforme o art. 371 do Código Civil francês.

A aplicação da teoria do abuso do direito nesta matéria, como o fez JOSSERAND, justifica-se quanto à necessária interferência judicial para que os avós tenham assegurado o direito de visita recusado pelos pais da criança.

Contudo, não se atribui à teoria do abuso do direito o fundamento do direito de visita⁽³⁷⁾.

Este aspecto de direito natural é expresso nos seguintes termos pela Corte de Paris (Paris, 6-4-1965, D. 1966., S. 30): "les grands-parents ont une vocation naturelle incontestable à exercer sur l'enfant un droit de visite raisonnable".

No mesmo sentido GENEVIÈVE VINEY que fala num "lien naturel jugé trop étroit et trop sacré pour être abandonné aux caprices des sentiments humains. La preuve du lien de parenté directe suffit donc pour établir le droit de visite"⁽³⁸⁾.

Para ela, a idéia diretriz da jurisprudência francesa foi criar um "direito de natureza puramente afetiva", situado, por conseguinte, num plano diferente daquele em que se enfileiram direitos relativos à proteção jurídica e à direção da criança. Como se trata de permitir ao visitante manifestar sua afeição à criança, este direito lhe é, evidentemente, próprio e não pode delegar o exercício⁽³⁹⁾.

Para AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO a jurisprudência reconhecia o direito de visita do avô com base na necessidade de manter a solidariedade familiar e de proteger os legítimos afetos que derivam desta ordem de relações⁽⁴⁰⁾.

A Câmara Civil 2ª Cap. afirmou que o direito do avô de visitar seus netos não contraria o exercício do pátrio poder, mas o complementa em benefício daqueles cujo interesse está em primeiro lugar e que o pai não pode lesar arbitrariamente.

"La misma Cámara Civil 1ª Capital había dicho que: "si bien es cierto que la ley no prevé el derecho de visita de los abuelos, no lo es menos que tampoco lo confiere expresamente a favor de los padres, sin que por ello quepa desconocerlo, ya que se funda en **elementales principios de derecho natural**, en la necesidad de mantener la solidaridad familiar y de proteger los muy legítimos afectos que derivan de ese orden de relaciones.

(37) Neste sentido, consulte-se a análise feita na jurisprudência francesa por ALAIN SAYAG, ob. cit., pág. 59.

(38) GENEVIÈVE VINEY — ob. cit., pág. 243.

(39) GENEVIÈVE VINEY — ob. cit., pág. 250.

(40) AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — ob. cit., pág. 387.

Y la Cám. Nac. Civil, sala D, ha resuelto: "el ejercicio de la patria potestad que sin razones fundamentales importara quebrar la solidaridad que supone la existencia de un núcleo familiar, impidiendo las relaciones y el trato entre nietos y abuelos, sería un ejercicio abusivo antinatural, con el que sin beneficio para el menor, e incluso a veces con perjuicio del mismo, se agravaría a los padres o suegros" (41).

4) **Conflito entre o direito dos avós e as prerrogativas derivadas do pátrio poder**

O direito de visita reconhecido aos avós deve ser compreendido, tendo em vista o conjunto de prerrogativas decorrentes do exercício do pátrio poder. O direito de visita não pode tumultuar as relações pais-filhos sob pena de introduzir-se no seio da família a desordem, a confusão e o desrespeito.

Os avós têm o direito de estar em contato com os netos, mas as circunstâncias em que ocorrerão as visitas serão escolhidas, decididas e autorizadas pelos pais.

O conflito configurar-se-á ou quando os avós excedem os parâmetros normais das relações avós-netos ou quando os pais, embora não mais no exercício regular do pátrio poder, com prática de atos abusivos, impedirem a satisfação dos direitos dos avós.

Portanto, os pais devem respeitar o direito de visita dos avós, impedindo-o apenas quando houver razões plausíveis que o tornem prejudicial aos filhos.

A delimitação da extensão do direito de visita dos avós é atribuição dos pais.

Os pais poderiam opor-se ao direito de visita se os avós, aproveitando das visitas, interferem na educação e formação moral dos menores ou procuram despertar neles sentimentos hostis contra os pais (42).

O direito de visita de avós foi objeto de decisão recente pelo STF. O caso concreto assim se configurou: "a avó de uma criança propôs ação contra a nora, pleiteando que o juiz determinasse que a mãe conduzisse o filho à casa dela, avó, em dias prefixados, para que pudesse manter contato com ele. O juiz entendeu, porém, que à vista das circunstâncias que ocorriam, envolvendo a situação dos avós e da mãe, o melhor seria que a criança fosse levada à residência da avó materna. Não se conformou a autora com a decisão e dela recorreu para o Tribunal de Justiça que, reformando a sentença, determinou que as visitas se rea-

(41) EDUARDO A. ZANNONI — ob. cit., págs. 105 e 106.

(42) GUILLERMO A. BORDA — ob. cit., pág. 414.

lizassem na casa da avó paterna, para onde a mãe deveria conduzir o filho nos dias e horários estabelecidos na sentença. O acórdão não obrigou a paciente a levar o filho em visita à avó, abrindo a alternativa de mandar levá-lo, com o que afasta qualquer possibilidade de coação, agressão ou humilhação" (43).

Este exemplo deixa evidente a diferença entre o direito de visita dos avós e o direito do neto de ser visitado. Esta última situação criaria atritos se os avós tivessem o direito de visitar o neto na residência do genro ou da nora com quem não mantivessem relações amistosas (44).

Portanto, o controle judicial exercita-se para harmonizar e conciliar o direito de visita dos avós com o direito de guarda dos genitores e não para sacrificar este em proveito daquela prerrogativa.

Como ensina HENRI DE PAGE, o poder paterno e o direito dos avós devem harmonizar-se e exercer-se simultaneamente no interesse do menor.

O direito de visita dos avós consagrou-se contra pai e mãe e em proveito de "autres ascendants" sendo certo que, mesmo em França, ainda hoje surgem numerosos litígios entre avós e pais, mas há uma perfeita constância nos julgados a favor do direito de visita dos avós (45).

Em decorrência das prerrogativas que exsurgem do pátrio poder, o direito de visita dos avós poderá ser restringido ou mesmo suprimido quando o conflito entre quem solicita o exercício de tal direito e quem tem a guarda apresente uma intensidade tal que a manutenção das visitas comprometa a educação do menor.

É evidente que a restrição ou supressão do direito de visita dos avós deva basear-se em razões sérias e legítimas, ou seja, quando as visitas apresentem inconvenientes graves para a educação da criança.

A jurisprudência tem, p. ex., considerado "sério motivo" o fato de os avós estimularem na criança um sentimento de animosidade para com quem tenha a guarda ou de exercer sobre a criança uma influência moralmente nefasta.

5) Os limites impostos à autoridade paterna e os efeitos do direito de visita dos avós

A fixação desses limites leva em conta o interesse da criança, porém é difícil definir concretamente em que consiste tal interesse.

(43) TEÓFILO CAVALCANTI FILHO — "Direito de avó a visitar neto", publicado no jornal *A Folha de São Paulo*.

(44) Sobre o assunto, consultar julgado publicado à pág. 84 do vol. 463 da RT.

(45) GENEVIÈVE VINEY — ob. cit., pág. 240.

A qualidade de avô é um título suficiente para limitar o exercício do pátrio poder no que concerne ao direito de comunicar-se com a criança.

A dificuldade no estabelecimento dos limites é expressa nos seguintes termos por ALAIN SAYAG:

“Pour étudier les prérogatives des grands-parents, il faut donc sans cesse avoir à l'esprit les rapports que l'on peut établir entre l'exercice de ces droits et l'exercice par les parents de leur puissance paternelle, considérée en quelque sorte comme le pivot des droits des grands-parents” (46).

É evidente que a intervenção dos avós pode se configurar quando houver um exercício inadequado do pátrio poder. Justifica-se no interesse dos menores. Neste sentido a informação de MAURICETTE CRAFFES quanto ao direito inglês:

“En l'absence d'intervention du législateur on ne trouve pas de décision accordant un droit de visite aux grands-parents; ceux-ci, comme n'importe quel tiers, peuvent, dans le cas d'extrême gravité, demander la garde de l'enfant, mais, si la conduite du père ne commande pas de lui retirer la garde, ils ne peuvent s'immiscer dans l'exercice de ses pouvoirs: ils ne peuvent revendiquer un droit de visite, car il est le maître souverain de sa maison. Ou l'autorité du père est absolue ou quasi absolue ou elle disparaît” (47).

A limitação da autoridade paterna em relação aos avós evidentemente extravasa o campo do direito de visita.

Às vezes configura-se uma situação na qual há a substituição da autoridade paterna pela tutela exercida pelos avós.

Tal evento configurar-se-á em duas circunstâncias:

a) quando do falecimento dos pais e, então os avós, na ausência de outras determinações, são investidos como tutores dos netos; ou, ainda, na ausência dos pais por qualquer motivo;

b) quando os avós, em caráter excepcional e contra o interesse dos pais dos netos, assumem o encargo de tê-los consigo, educá-los etc. em face da negligência dos pais revelando total desinteresse pela criança.

Nesta última hipótese será em decorrência da diminuição da autoridade paterna, reconhecida em juízo, que os avós assumirão tais encargos. Neste caso, os avós estão agindo não na ausência dos pais, mas contra os pais, em situação de clara oposição ao comportamento dos pais da criança.

(46) ALAIN SAYAG — *op. cit.*, págs. 43 e 44.

(47) MAURICETTE CRAFFES — *La Puissance Paternelle en Droit Anglais*, Paris, 1971, pág. 34.

Os efeitos do direito de visita dos avós não se restringem apenas ao direito de visitar os netos, mas englobam, também, o direito de se corresponder com o neto e de o hospedar. A matéria está muito bem sistematizada por GENEVIÈVE VINEY (48).

Quanto à visita propriamente dita, constitui a manifestação mais comum do relacionamento avô-neto. O princípio que admite o direito de visita nunca foi posto em dúvida.

Com relação às modalidades do direito de visita devemos, desde logo, apontar o problema do lugar onde o avô encontrará o neto para expressar-lhe sua afeição. Tanto o neto poderá ser visitado pelo avô na residência do primeiro ou encontrar-se-ão na moradia de terceiros, ou o lugar adequado será a residência do avô, dependendo do interesse e da comodidade da escolha.

Quanto à duração e à freqüência das visitas, caberá ao juiz fixar o que for mais conveniente.

Quanto às despesas decorrentes da visita, caberá ao juiz fixar a quem incumbem, pois não deverão ser obrigatoriamente custeadas pelo avô, nada impedindo haja uma divisão entre avô e quem exerça a guarda da criança.

O avô, no exercício do direito de visita, pode afastar testemunhas.

O direito de se corresponder com o neto é considerado como uma das prerrogativas do avô, sendo certo que a correspondência pode ser efetuada por escrito, por telefone ou por qualquer outro meio.

A jurisprudência francesa não regula nem a extensão nem a freqüência das cartas.

Caso o exercício do direito de trocar correspondência se transforme em grave empecilho ao exercício do pátrio poder, reconhece-se a quem detiver a guarda da criança a prerrogativa de fazer cessar judicialmente os eventuais abusos, solicitando que o tribunal limite a extensão da correspondência.

Por outro lado, quem detém a guarda da criança não pode exercer um controle pessoal sobre a correspondência, pois seria um contrasenso permitir-lhe ler as cartas endereçadas ao menor pelo avô.

Com relação ao direito que os avós teriam de hospedar os netos, hoje se admite em certas circunstâncias sem discussão. Sobretudo quando certas circunstâncias justificarem tal situação: distância, doença dos avós etc., o que tornaria impossíveis visitas em caráter regular.

(48) GENEVIÈVE VINEY — ob. cit., pág. 251.

Mas a tendência parece se dirigir no sentido de que as estadas dos netos em casa dos avós nada mais seria do que uma modalidade de visita.

6) Problema da confusão entre o direito natural de visita e o direito de visita decorrente da ajuda dos avós para o sustento dos netos

Durante muito tempo admitiu-se o direito de visita dos avós quando estes sustentavam os netos. Seria, então, considerada atitude abusiva dos pais a recusa do direito de os netos visitarem os avós. Este aspecto tipicamente patrimonial do direito dos avós está superado.

O direito de visita dos avós existe em decorrência do liame de filiação.

GUILLERMO A. BORDA revela existência de um julgado de 1958, reconhecendo o direito de visita de uma tia-avó que durante sete anos exerceu a guarda do menor⁽⁴⁹⁾.

7) Conclusões

As considerações desenvolvidas não distinguem entre avós legítimos e avós naturais. Em França o assunto foi polêmico e apenas, recentemente, se reconhece o direito de visita dos avós, quer seus netos sejam filhos legítimos ou naturais de seus filhos, assim como não se deve cogitar do enquadramento dos pais dos netos como filhos legítimos ou naturais dos avós.

Felizmente, entre nós, estas preocupações não parecem ter sido cogitadas nos tribunais.

ALAIN SAYAG, após analisar num estudo longo e profundo o papel dos avós no direito de família, conclui pela necessidade de ser sistematizada a matéria, regulando-se na lei as várias prerrogativas reconhecidas aos avós e, talvez, mesmo aumentando-as. Reconhece que direitos lhes devem ser reconhecidos para que possam defender-se contra a eventual hostilidade dos pais que quereriam se interpor entre eles e seus netos. Outras vezes são chamados para a salvaguarda do neto menor. Pode ser a salvaguarda contra a própria fraqueza, principalmente em matéria de casamento, em caso de ausência dos pais ou mesmo na presença deles quando tal concorrência parecer desejável. Mas pode tratar-se igualmente da salvaguarda da criança contra a indignidade ou inaptidão de educar dos pais, quando, então, os avós terão um papel desinteressado, privilegiado a preencher.

(49) GUILLERMO A. BORDA — ob. cit., pág. 414.

BIBLIOGRAFIA

- 1) ALMADA, Ney de Mello — **Manual de Direito de Família**, São Paulo, Hemeron Editora, 1978.
- 2) BELLUSCIO, Augusto César — **Manual de Derecho de Familia**, tomo II, 3ª edición actualizada, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1979.
- 3) BITTENCOURT, Edgar de Moura — **Família**, Rio de Janeiro, Ed. Alba Ltda., s/d.
- 4) BORDA, Guillermo A. — **Tratado de Derecho Civil Argentino — Família II**, 5ª edição atualizada, Buenos Aires, Editorial Perrot, 1973.
- 5) CAHALI, Yussef Saïd — **Casamento Putativo**, São Paulo, Lex Editora S/A, 1972.
- 6) CARBONNIER, Jean — **Droit Civil, 2/ La Famille, les Incapacités**, Paris, Presses Universitaires de France, 1969.
- 7) CAVALCANTI FILHO, Teófilo — artigo "Direito da avó a visitar neto", publicado no jornal **A Folha de São Paulo**.
- 8) COLIN et CAPITANT — **Cours Élémentaire de Droit Civil Français**, Lib. Dalloz, 1939, t., I.
- 9) CRAFTES, Mauricette — **La Puissance Paternelle en Droit Anglais**, Paris, Librairie de Droit et de Jurisprudence, 1971.
- 10) DAIBERT, Jefferson — **Direito de Família**, Rio de Janeiro, Forense, 1973.
- 11) GONÇALVES, Luiz Cunha — **Tratado de Direito Civil**, vol. 2º, t. I.
- 12) GURGEL, J. do Amaral — **Desquite**, vol. I, 3ª edição revista, São Paulo, Edição Saraiva, 1957.
- 13) MONTEIRO, Washington de Barros — **Curso de Direito Civil — Direito de Família**, 17ª edição revista e atualizada, São Paulo, Edição Saraiva, 1978.
- 14) OLIVEIRA e SILVA — **Desquite e Divórcio**, 3ª edição aumentada, Rio-São Paulo, Livraria Freitas Bastos S/A, 1964.
- 15) PAGE, Henri de — **Droit Civil Belge**, 2ª ed., 1948, vol. 1º
- 16) PEREIRA, Caio Mário da Silva — **Instituições de Direito Civil**, vol. V — **Direito de Família**, Rio, Forense, 1972.
- 17) PLANIOL, RIPERT et SAVATIER — **Droit Civil Français**, vol. 1º
- 18) RT — volume 463.
- 19) RODRIGUES, Sílvio — **Direito Civil — Direito de Família**, vol. VI, 6ª edição revista e atualizada, São Paulo, Edição Saraiva, 1978.
- — **Parecer**.
- 20) SAYAG, Alain — "Les grands-parents dans le droit de la famille", in **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, 1969.
- 21) SERPA LOPES, Miguel Maria — Ac. publicado na RT 187/892.
- 22) VINEY, Geneviève — "Du droit de visite", in **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, ano 1965, vol. 63.
- 23) WEILL, Alex — **Droit Civil**, Paris, Dalloz, 1968, t. I.
- 24) ZANNONI, Eduardo A. — **Derecho Civil — Derecho de Familia**, I, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1978.