

Agravo de Instrumento n. 2012.085913-2, de Joinville
Relator: Des. Marcus Tulio Sartorato

DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. **Erro! Indicador não definido.**ALEGADA AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DA AÇÃO CAUTELAR, BEM COMO A REDISCUSSÃO DE MATÉRIA ANALISADA NO PROCESSO PRINCIPAL. MATÉRIAS QUE NÃO FORAM EXAMINADAS E DECIDIDAS PELO JUÍZO SINGULAR. IMPOSSIBILIDADE DE MANIFESTAÇÃO PELO ÓRGÃO AD QUEM SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PEDIDO FORMULADO PELA AVÓ MATERNA, PRETENDENDO O RESTABELECIMENTO DO VÍNCULO AFETIVO COM SEU NETO. DEFERIMENTO DA VISITAÇÃO AVOENGA. EXISTÊNCIA DE DOIS AGRAVOS DE INSTRUMENTO CONTRA A MESMA DECISÃO INTERLOCUTÓRIA, AMBOS VERSANDO SOBRE O DIREITO DE VISITAS. JULGAMENTO DO PRIMEIRO RECURSO PELA CÂMARA. ADOÇÃO DO POSICIONAMENTO ANTERIORMENTE FIRMADO. NECESSIDADE DE MANTER O MENOR NO SEIO FAMILIAR. DEFESA DOS SEUS INTERESSES, SOBRETUDO NO QUE CONCERNE À CONVIVÊNCIA FAMILIAR. DIREITO FUNDAMENTAL A SER PRESERVADO, EM CONFORMIDADE COM A DECISÃO RECORRIDA. INEXISTÊNCIA, ADEMAIS, DE MOTIVOS FÁTICOS APTOS A OBSTAR A VISITAÇÃO AVOENGA. INTELIGÊNCIA DO ART. 227 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, DO ART. 19 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E ART. 1589, PARÁGRAFO ÚNICO DO CÓDIGO CIVIL. INTERLOCUTÓRIO MANTIDO QUANTO À RESTRIÇÃO DAS VISITAS A DUAS VEZES POR MÊS, POR UM PERÍODO DE DUAS HORAS, NO SÁBADO OU DOMINGO. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESTA EXTENSÃO, DESPROVIDO.

1. **Erro! Indicador não definido.**A matéria que não foi apreciada em primeiro grau de jurisdição não deve ser conhecida pelo Juizado ad quem em sede de agravo de instrumento, sob pena de **Erro! Indicador não definido.**supressão de instância.

2. A indubitável relação de parentesco legítima tanto os

avós maternos e paternos, quanto os netos, a buscarem judicialmente o seu direito de visita. Aliás, outros direitos personalíssimos que envolvem avós e netos, podem ser acrescidos ao direito de visita, tais como: alimentos, guarda, tutela e sucessão legítima, todos protegidos pela Constituição da República/88.

3. Não se perca de vista que em procedimentos que têm por objetivo primordial a salvaguarda física, moral e psicológica da criança, conta o julgador com amplitude discricionária mais significativa para sublevar aspectos jurídico-formalísticos a fim de conferir maior segurança e equidade às decisões que profere.

Erro! Indicador não definido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2012.085913-2, da comarca de Joinville (3ª Vara da Família), em que é agravante V. de S. S., e agravada V. I. S. M.:

A Terceira Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, conhecer em parte o recurso e, nesta extensão, negar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Fernando Carioni, com voto, e dele participou a Exma. Sra. Des.^a Maria do Rocio Luz Santa Ritta.

Florianópolis, 26 de fevereiro de 2013.

Marcus Tulio Sartorato
RELATOR

RELATÓRIO

V. S. dos S. interpôs agravo de instrumento contra decisão proferida pelo Juízo da 3ª Vara da Família da comarca de Joinville, que nos autos da ação cautelar inominada n. 038.12.045143-0, movida contra si por V. I. S. M., fixou as visitas da avó materna ao neto em *"duas vezes ao mês, por um período de até duas horas, a ser realizado no sábado ou domingo, a critério exclusivo da família paterna, em local e horário por eles (família paterna) fixados na própria residência paterna, em uma praça, parque ou outro local público"*, isso sob integral supervisão da família paterna, através da presença do pai ou dos avós paternos.

Pugna o agravante, inicialmente, pela concessão da justiça gratuita, uma vez que alega não possuir condições financeiras para arcar com o pagamento das custas processuais. Em sede de preliminar, aventa: a) ofensa à coisa julgada, uma vez que o direito de visitas da avó já foi objeto de análise nos autos principais; b) inépcia da petição inicial. No mérito, sustenta que restou devidamente demonstrado que a criança já sofre diversos distúrbios psicológicos em razão das atitudes da agravada. Assim, diante da constatação de prática de alienação parental pela avó materna, *"a concessão de direito de visitas, mesmo que assistidas, sem relatórios técnicos que indiquem a assertiva da medida, são altamente prejudiciais à criança"* (fl. 08). Por tais motivos, postula a reforma da decisão, para que seja indeferida a visitação da avó até que se proceda a novo estudo psicológico.

O efeito suspensivo almejado foi negado em decisão da lavra da Desembargadora Cláudia Lambert de Faria (fls. 276/284).

A Douta Procuradoria Geral de Justiça, em parecer da lavra do Ilustre Procurador Mário Luiz de Melo, opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso (fls. 291/299).

VOTO

1. Preceitua a Constituição Federal que "*o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos*" (art. 5º, LXXIV).

Também dispõe a Lei nº 1.060/50, que "*estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados*":

Art. 2º. Gozarão dos benefícios desta lei os nacionais ou estrangeiros residentes no país, que necessitarem recorrer à Justiça penal, civil, militar ou do trabalho.

Parágrafo único. Considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

[...]

Art. 4º. A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários do advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família.

§ 1º Presume-se pobre, até prova em contrário, quem afirmar essa condição nos termos desta Lei, sob pena de pagamento até o décuplo das custas judiciais.

Dos dispositivos legais acima transcritos infere-se que poderá ser concedido o benefício da assistência judiciária a qualquer pessoa que não disponha de recursos financeiros suficientes para "*pagar as custas do processo e os honorários do advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família*".

Acentua Humberto Theodoro Júnior:

Para que a parte obtenha o benefício da assistência judiciária, basta a simples afirmação da sua pobreza, até prova em contrário (RSTJ 7/414), o que a dispensa, desde logo, de efetuar o preparo da inicial. (TFR-1ª Turma, AC 123.196-SP, rel. Min. Dias Trindade, j. 25.08.87) (Código de Processo Civil, 30ª ed., p. 1.038).

Sobre o tema, é o entendimento desta Câmara:

PEDIDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA NEGADO EM PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO. AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO DAS CUSTAS INICIAIS DO PROCESSO E POSTERIOR DECRETO DE EXTINÇÃO DO FEITO. PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA. ART. 5º, LXXIV DA CF.

REQUISITOS AUTORIZADORES DO BENEPLÁCITO PRESENTES. INEXISTÊNCIA DE PROVAS, SEQUER INDÍCIOS, EM CONTRÁRIO. PROVIMENTO.

1. Na perspectiva constitucional de amplo acesso à prestação jurisdicional (art. 5º, LXXIV, da CF), a simples declaração de hipossuficiência subscrita pela parte, atestando a impossibilidade de arcar com os dispêndios processuais sem prejuízo do sustento próprio e da família, adquire presunção relativa de veracidade (art. 4º, §1º da Lei n. 1.060/50), afigurando-se suficiente para a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita.

2. Recurso provido (AC n.º 2008.066415-2, de Criciúma, j. em 07.04.2009, Rel. Des.ª Maria do Rocio Luz Santa Ritta, com votos vencedores deste Relator e do Exmo. Sr. Des. Fernando Carioni).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. JUSTIÇA GRATUITA. BENESSE INDEFERIDA. CONJUNTO PROBATÓRIO QUE NÃO SUPERA A PRESUNÇÃO DECORRENTE DA DECLARAÇÃO DE NECESSIDADE. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA REFORMADA. RECURSO PROVIDO.

"É pacífico o entendimento de que, para gozar dos benefícios da Lei de Assistência Judiciária, basta a simples afirmação de que a parte não dispõe de recursos para o pagamento das despesas processuais sem prejuízo próprio ou de sua família. Tal presunção só pode ser afastada se houver prova firme em sentido contrário." (TJSC. AI n. 2007.019195-5, de Forquilha. Rel: Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA, j. em 04.10.2007).

Dessa forma, havendo nos autos declaração de pobreza firmada pela agravante, cujo teor não é suplantado por prova em sentido contrário, impõe-se o deferimento do benefício. De lembrar-se, ainda, que a concessão do benefício da justiça gratuita não reclama a demonstração de penúria famélica. (AI n.º 2008.051483-3, de Sombrio, j. em 17.03.2009, Rel. Des. Henry Petry Junior, com votos vencedores deste Relator e da Exma. Sra. Des.ª Maria do Rocio Luz Santa Ritta).

Na hipótese em tela, o agravante postulou o beneplácito declarando expressamente (fl. 20) que não dispõe de renda suficiente para o custeio de emolumentos e despesas processuais sem que isso importe no prejuízo do próprio sustento.

A teor do § 1º do art. 4º da Lei nº 1.060/50, basta à parte, pessoa natural, que entende estar enquadrada na hipótese legal acima, requerer ao juízo o benefício da assistência judiciária por meio de declaração de hipossuficiência de recursos.

Ademais, o agravante juntou cópia de sua folha de pagamento (fl. 21), através da qual se observa que o agravante é vendedor, possuindo renda mensal de aproximadamente R\$ 900,00 (novecentos reais). Esse fato, por si só, demonstra a sua impossibilidade de arcar com as despesas processuais. Não é de todo improvável que o pagamento das referidas despesas possa lhe causar prejuízo, quiçá o privando de recursos necessários ao custeio das despesas mais básicas e indispensáveis ao seu sustento e/ou ao de sua família.

Saliente-se, contudo, que o benefício ora concedido é para fins específicos deste agravo de instrumento, uma vez que não há notícia se nos autos de origem a benesse foi ou não deferida. E como este recurso não comporta dilação probatória, nada impede que nos autos de origem, diante de outras e novas evidências, a decisão seja diferente.

Dessa forma, defere-se ao agravante o benefício da justiça gratuita.

2. Quanto às alegações de ofensa à coisa julgada, em razão da rediscussão da matéria analisada no processo principal, e inépcia da inicial, diante da ausência dos requisitos da ação cautelar, impende salientar que tais matérias não foram apreciadas pela decisão objurgada e, portanto, não podem ser analisadas em sede de agravo de instrumento, sob pena de supressão de instância.

Conforme leciona José Carlos Barbosa Moreira, quanto à extensão do recurso de agravo, *“a devolução limita-se à questão resolvida pela decisão de que se recorreu; nada mais compete ao Tribunal apreciar, em conhecendo do recurso”* (in O Novo Processo Civil Brasileiro, Forense, 1998, 8ª ed., p. 198).

Assim, *“em respeito ao princípio do duplo grau de jurisdição, não é lícito inaugurar pedidos na instância ad quem”* (Luiz Fux, Intervenção de terceiros, Saraiva, 1990, p. 22).

Portanto, caberá ao ora agravante, se lhe aprouver, suscitar as questões perante o Juízo de origem.

3. No caso em apreço, **Erro! Indicador não definido.**a matéria ora impugnada, qual seja, o direito de visitas da avó materna, já foi decidida por esta Terceira Câmara quando do julgamento do Agravo de Instrumento n.º 2012.073595-9, em 15 de janeiro de 2013. **Erro! Indicador não definido.**Destarte, a fim de se evitar decisões conflitantes e primando pela celeridade processual, as mesmas razões lá utilizadas serão aqui invocadas para decidir o presente recurso: **Erro! Indicador não definido.**

"Na estipulação do direito de visitas, é dever do julgador considerar os elementos referentes à necessidade de convivência mínima familiar, a fim de serem mantidos os vínculos de identificação entre pais e filhos, ou entre os avós e netos, como no caso em tela, respeitados os interesses e as conveniências destes.

Aliás, em situações tais, há que prevalecer o direito fundamental da criança ou adolescente no tocante a convivência familiar, consoante os precisos termos do art. 227 da Constituição Federal e art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, verbis:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

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.

Nesse contexto, por natural, estão inseridos os pais, os tios e os avós.

Logo, são detentores do poder familiar, diretamente os genitores e indiretamente os tios, avós e demais familiares que convivam com crianças ou

adolescentes. Como se vê, não se está fazendo alusão a denominação anterior de “pátrio poder”, mas sim do poder familiar, que se estende a todos os integrantes de determinada família, sem exceções, todos estão, em princípio, legitimados não só para defender os interesses maiores das crianças ou adolescentes e lhes dar proteção integral, mas também reclamar a guarda e reivindicar o direito de visitação.

E, no que pertine o direito de visitas dos avós, sensível a este particular o legislador pátrio, recentemente positivou no ordenamento jurídico, mais precisamente na Lei n. 12.398/11, fazendo o acréscimo do parágrafo único ao art. 1.589 do Código Civil, com a seguinte redação: “o direito de visitas estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente”

Aliás, foi com o advento da Lei 12.398, de 28 de março de 2011, que restou regulamentado tanto o direito de visitas, como a possibilidade de serem os avós co-responsáveis pela guarda e educação dos netos, sejam eles crianças ou adolescentes.

Restaram alterados, portanto, com o advento da referida Lei, o parágrafo único do artigo 1.589, do Código Civil, e o inciso VII do artigo 888, do Código de Processo Civil, os quais receberam a seguinte redação, respectivamente:

Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

Parágrafo único. O direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente.

Art. 888. O juiz poderá ordenar ou autorizar, na pendência da ação principal ou antes de sua propositura:

[...]

VII - 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; [...].

Como se constata, o legislador, desta forma, reconheceu o importante papel e participação dos avós na criação, educação e manutenção dos netos.

Todavia, não se pode conceber a visitação avoenga como um direito absoluto. Tanto é verdade, que o legislador em ambos os dispositivos acima mencionados, deixou "a critério do juiz" a decisão a esse respeito, evidentemente após o estudo do caso concreto.

Essa concentração da decisão nas mãos do julgador, justifica-se pela relevância da matéria, pois se está decidindo um direito indisponível do menor, e essa decisão deve causar o mínimo de impacto no que pertine a formação psicológica e social da criança ou adolescente.

O julgador, ad argumentandum, deve analisar criteriosamente se a relação familiar envolvendo infantes e avós – paternos ou maternos – é benéfica, construtiva e saudável. Se assim for, tudo deverá fazer, para fortalecer e consolidar as relações familiares, reconhecendo a importância da família na vida da criança ou adolescente e na vida dos avós, que via de regra são idosos e merecem, igualmente, tratamento especial, proteção e carinho.

Entretanto, se prejudicial aos interesses maiores do infante, os quais devem sempre ser colocados em primeiro lugar, o que se pode constatar, por exemplo, através da ouvida deste, testemunhas e de componentes de uma equipe interprofissional (pedagoga, psicóloga e assistente social), por cautela e em homenagem a doutrina da Proteção Integral, tudo deve fazer o julgador para evitar a guarda e ipso facto a visitação avoenga ou no máximo, permitir que este direito seja exercido mediante supervisão e acompanhamento de um dos genitores ou uma terceira pessoa de confiança do Juízo, que esteja compromissada com o fim do processo, que é a Justiça na verdadeira acepção da palavra.

Se em princípio, pode ser desastrosa a não participação dos avós na vida dos infantes, como freqüentemente se alega em feitos desta natureza, de

maior gravidade e de consequências, quiçá irreparáveis, é permitir que um infante, hoje considerado sujeito de direitos (art. 227 da Constituição Federal vigente e art. 3º, 5º e 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente) conviva com os avós, sendo alvo, por exemplo, de alienação parental (art. 2º, parágrafo único, incisos I a VII, da Lei nº 12.318 de 26 de agosto de 2010). Estar-se-ia, isto sim, desconsiderando a dignidade deste menor como direito fundamental.

Portanto, qualquer que seja a decisão a ser proferida neste recurso, onde é objetivada a ampliação do direito de visitas concedidos à avó materna sem restrições, estar-se-á assegurando ou não a dignidade da pessoa humana, direito fundamental, a teor do art. 1º, III da Carta Magna e art. 15 do Estatuto da Criança e do Adolescente, no caso de um infante, na condição de pessoa em desenvolvimento (art. 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Pois bem, na hipótese, conforme restou consignado nos autos dos agravos de instrumento n. 2010.067969-3 e 2011.016416-4, verifica-se que restou manifestamente caracterizada a alienação parental no âmbito do grupo familiar materno, tendo em vista que a avó, quando guardiã do infante, dificultava ao extremo a convivência entre pai e filho, tendo inclusive acusado injustamente aquele de ter abusado sexualmente deste.

Com efeito, não há como se dissociar os fatos pretéritos e graves perpetrados pela avó materna, ora agravante, que serviram de motivação para a decisão do juízo a quo acerca da modificação da guarda do menor em favor do seu genitor, e a pretensão ora manifestada por ela, qual seja, do exercício de direito de visitas sem qualquer tipo de supervisão.

O que se depreende até o presente momento nesta malfadada e nociva relação familiar, são os malefícios à formação psicológica e moral do neto, vitimado, face os atos de alienação parental colocados em prática pela avó materna, no tocante ao genitor.

Não se pode, em sã consciência, extrair das atitudes da avó, ora agravante, com todo o respeito que merece, qualquer sentimento nobre de

respeito, estima ou amor pelo neto, pois quem ama, cuida e zela, não expõe uma criança indefesa a este tipo de situação, diga-se an passant, no mínimo maligna, que pode acarretar sérios problemas psicológicos e sociais futuramente, caso não haja um frequente acompanhamento profissional.

A regulamentação de visitas no caso específico desta relação familiar é absolutamente necessária, de forma supervisionada, naturalmente, para se evitar uma suposta e indesejada situação de risco pessoal e social com relação ao neto, assegurando não só a convivência familiar (art. 19 do ECA), mas sobretudo o melhor interesse da criança e a sua efetiva proteção integral.

Durante todo o trâmite processual, ficou clarividente que a criança estava sendo vítima de grave alienação parental, o que motivou a reversão da guarda em favor do genitor após diversos estudos sociais e fatos pareceres psicológicos acostados aos autos, os quais demonstram com afinco que a conduta da avó materna estava prejudicando a saúde mental e física da criança, que de tão transtornada foi submetida a tratamento psicológico e homeopático (fl. 1224, volume 6).

Prima-se pelo bem-estar da criança e por mantê-la no seio familiar, mas sem perder de vista os atos irresponsáveis perpetrados pela avó materna em face do seu neto - atualmente com apenas 8 (oito) anos de idade - expondo-o, egoisticamente, a situações constrangedoras, com o propósito desmedido de afastá-lo a todo custo da convivência com o seu genitor. De consequência, ante esta lamentável situação, é de se ter como, prudente, razoável e absolutamente justa e jurídica, a decisão do magistrado singular, que restringiu o direito de visita da ora agravante a duas vezes por mês, por um período de até duas horas, necessariamente supervisionada."

Desta feita, mantém-se incólume o interlocutório recorrido.

Erro! Indicador não definido.

4. Ante o exposto, vota-se no sentido de conhecer em parte o recurso e, nesta extensão, negar-lhe provimento.