

Ação de Regulamentação de Visitas à afilhada menor. Fundamento em relação homoafetiva. Ilegitimidade pela ausência de relação jurídica e sócio-afetiva. Desprovimento do Recurso.

Processo nº 2002.001.1061343-5

PROMOÇÃO DA 11ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE FAMÍLIA DA COMARCA DA CAPITAL

Egrégio Tribunal
Colenda Câmara

O direito de visitação de criança e de adolescente por terceiros depende da existência de vínculo jurídico ou sócio-afetivo com a criança, alvo da visita. Inocorrência de legitimação. Extinção do feito sem o julgamento do mérito. Manutenção da Decisão de 1º grau.

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, através da Promotora de Justiça de Família que a presente subscreve, no uso de suas atribuições legais previstas nos artigos 82, I e 83, I do Código de Processo Civil, vem oferecer promoção com base na Resolução nº 618, de 18 de novembro de 1994.

Cuida-se de Medida Cautelar de Regulamentação de Visitas proposta por Â. M. B. A em face de L.M.G. almejando a convivência, através de visitas, com a criança A L. M. G.

A postulante, ora apelante, sustenta que as partes, em consenso, decidiram adotar a infante em tela. Apesar do pedido de adoção ter sido formulado apenas pela ré, ora apelada, afirma ter participado de todo o trâmite do processo de adoção e, posteriormente, da criação de A L.

Alega, também, a autora-apelante que custeou as despesas de saúde, habitação, alimentação, educação, vestuário, dentre outras de A L. e que, por alguns meses, a menina morou em sua residência.

Por discordar dos meios educacionais compelidos pela ora Apelante com relação à filha A L. e, devido às crises depressivas daquela, a ré-apelada optou por desfazer o relacionamento de mais de 20 anos entre elas. Em consequência do término da relação, a mãe de A L, estaria impedindo a convivência da Apelante com a menor, de quem é madrinha.

Designada audiência de justificação, foi ajustada, em caráter provisório, a visitação em domingos alternados, sem pernoite (fl. 40).

Contestação às fls. 42/56 aduzindo, primeiramente, que o acordo prévio somente foi realizado no interesse da menor ante a afetividade da filha da ré em relação à madrinha de batismo, ora Apelante, mas ressaltando a ausência de direito da autora na medida em que jamais existiu situação fática entre autora e ré para legitimá-la.

Argüiu a contestante preliminares de ilegitimidade ativa *ad causam*, ilegitimidade passiva *ad causam*, ausência do *fumus boni iuris* e inexistência de ação principal específica.

Afirma a ré, ora Apelada, que as contribuições materiais assistemáticas da autora a A. L. constituíram atos de mera liberalidade da madrinha e que a transferência provisória da menor para a casa da autora teve a natureza de mera hospedagem, juntamente com a ré, na época em que sua mãe faleceu.

A mãe adotiva de A. L. acentuou que o afastamento entre elas ocorreu por considerar inadequados os comportamentos da autora com relação à filha, tais como o isolamento do convívio com outras crianças, estimulação de posturas regredidas, masculinização ou erotização da criança e, ainda, pelo fato de a autora dormir na mesma cama que a menina com frequência.

Às fls. 97/98, foi noticiado que a criança A. L. não desejou avistar-se com a autora nos dias acordados.

No tocante a esta recusa, manifestou-se a autora à fls. 102/105 narrando a interferência negativa da ré na data de visitação.

A visitação foi suspensa pela decisão de fl. 194, sem recurso.

A pedido desta Promotoria, nova audiência especial foi realizada objetivando a oitiva informal da criança em questão, conforme assentada de fls. 202/203.

A Promotoria opinou pelo acolhimento das preliminares.

A *r. decisão recorrida extinguiu o processo sem o julgamento do mérito pela ilegitimidade da parte autora (fls. 221/224).*

Recorre a autora às fls. 241/265 aduzindo, em síntese, que a *r. sentença fere o direito da criança A. L. à convivência comunitária e familiar, sendo a autora verdadeiramente mãe da menor. Amplia a autora o sentido do apadrinhamento a fim de caracterizar a titularidade do direito à visitação.*

Compara a Apelante o caso vertente ao rumoroso pedido de tutela promovido pela companheira da cantora Cássia Eller relativamente ao filho desta.

Ataca a Apelante à *r. sentença de nulidade, afirmando ter havido cerceamento de defesa, na medida em que a menina foi ouvida informalmente apenas pelo Juiz e pela Promotora de Justiça e não foi apreciado o pedido de estudo social e a prova psicológica. Afirma, por fim, que se o Magistrado designou audiência, ouviu a menor e determinou a citação é porque entendeu presentes as condições da ação.*

Contra-razões da Apelada às fls. 278/284 prestigiando o julgado recorrido.

Volveram os autos à Promotoria de Justiça para parecer recursal.

Da análise dos requisitos intrínsecos e extrínsecos do presente apelo, opina-se pela admissibilidade do mesmo, uma vez que o recurso escolhido pela Apelante para guerrear a decisão de fls. 221/224 é cabível à espécie. De igual forma, é legítima a parte que o interpôs, buscando decisão que lhe seja mais benéfica do que a impugnada.

O recurso obedece à forma regular e, conforme atesta a certidão de fl. 275, é tempestivo.

No tocante ao mérito, todavia, o recurso não merece provimento.

Com efeito, o direito à visitação é instituto jurídico que encontra sua base legal na proteção da pessoa dos filhos quando da separação dos genitores. A regulamentação de visitas visa à manutenção da relação paterno-filial ameaçada pela ruptura da vida em comum. O direito de visita tem respaldo no art. 15 da Lei nº 6.515/77 e no art. 1589 do Código Civil.

Embora a legislação brasileira não contemple, de forma específica, o direito de visitas de crianças e de adolescentes por terceiros, a doutrina e a jurisprudência vêm ampliando a determinados entes familiares, em especial aos avós, o contato com os netos, com fundamento no art. 227 da Constituição Federal, garantidor do direito fundamental de crianças e de adolescentes à convivência familiar.

A extensão do instituto jurídico da visitação aos demais membros da família tem por objetivo o desenvolvimento pleno da personalidade da criança e, para tanto, dá-se relevância à convivência com aqueles parentes mais próximos que a amem e que possuam relação jurídica com aquela.

Discorrendo acerca do direito de visitação pelos parentes, ROBERTO JOÃO ELIAS, na obra *"Pátrio Poder"*, p. 68, ressalta que a legitimidade dos avós *"encontra sua base, primordialmente, na solidariedade que deve imperar no grupo familiar."* (grifo nosso).

Bem se nota, portanto, que a legitimidade dos parentes próximos para pleitear a visitação surge da própria noção de **família**, entendida como a comunidade de pessoas ligadas por vínculos consangüíneos ou civis e que tem como base o afeto recíproco e por finalidade a realização dos valores existenciais de todos os seus membros.

Tendo em mira, portanto, que o direito de visitação por terceiro depende da existência de vínculo jurídico ou sócio-afetivo deste com a criança, alvo da visita, passemos ao exame do caso concreto.

Sustenta a Apelante que entre ela e a ré existiu uma relação homoafetiva durante muitos anos e que A. L. estaria inserida neste contexto como se fosse filha de ambas. Sente-se a Apelante como mãe de A. L.

A orientação sexual da pessoa humana é atributo inerente de sua personalidade e merece todo o respeito da sociedade que deve preservar a sua dignidade, independentemente de suas preferências sexuais.

No entanto, juridicamente, não há família constituída entre pessoas do mesmo sexo, apesar do Estado e da própria sociedade não adotarem postura discriminatória ou restritiva à liberdade das relações homoafetivas. Neste sentido, a Lei Maior do país ainda restringe as espécies de família às indicadas no art. 226, não as estendendo às uniões homossexuais.

Assim, não se pode conferir à apelante o papel de membro da família biológica, ou sequer civil, de A. L.

Os deveres e direitos de madrinhas são bem diversos dos inerentes ao poder familiar. Aliás, é pré-requisito para o exercício do apadrinhamento “não ser pai ou mãe do batizando”, consoante Cânone 874, § 1. As responsabilidades da Apelante com relação a A L estão restritas ao exemplo cristão, à ajuda da afilhada no aprendizado do catecismo, das orações e, principalmente, do conhecimento e do amor a Deus.

Destarte, afastada a legitimidade da Apelante pelo aspecto jurídico, passemos à análise da existência de eventual relação sócio-afetiva entre a Recorrente e a afilhada A. L., base doutrinária e jurisprudencial que fundamenta direitos relativos a crianças e adolescentes por pessoas que as assistam afetiva, emocional e moralmente, independentemente do vínculo de parentesco.

A matéria, portanto, é mais complexa, por trazer em seu bojo aspectos notadamente subjetivos, relacionados à afetividade e onde deve estar em evidência a preocupação com o melhor interesse de A. L.

Trilhando este caminho, prosseguiu-se com o processo observando-se o art. 227 da Constituição Federal de 1988 que garante aos infantes o direito à liberdade e ao respeito.

O direito à liberdade compreende o direito à opinião e a expressão (art. 16, II da Lei nº 8.069/90). A manifestação da criança é assaz importante para a configuração do alegado vínculo sócio-afetivo entre a menor e a autora e a indispensabilidade do estabelecimento de visitação.

O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade psíquica da criança, respeitando-lhe a vontade e os direitos concernentes à personalidade (art. 17 da Lei nº 8.069/90).

Assim, apesar da inexistência de relação familiar com A L, com fulcro nos direitos fundamentais acima referidos, A. L. foi ouvida informalmente em juízo, objetivando a apuração de vínculo sócio-afetivo entre a menor e a ora Apelante.

A criança A. L. afirmou gostar da madrinha, *mas categoricamente ressaltou não querer manter contato com a Apelante, salvo quando lhe conviesse, deixando bem nítido a esta Promotoria que a Apelante não faria parte do seu núcleo familiar e que a convivência com esta lhe traria grandes constrangimentos naquele momento, devido às brigas entre as partes. Ademais, não demonstrou a menina vínculo com a Apelante que correspondesse aos anseios desta de ter estabelecida judicialmente uma visitação.*

Portanto, à míngua de qualquer respaldo jurídico e sócio-afetivo que sustente o direito pleiteado, falece à Apelante legitimidade para demandar a visitação de A. L., uma vez que não é titular de relação jurídica com a menor.

Os laços espirituais e de amizade existentes entre a madrinha e afilhada não têm o condão legal de permitir à Apelante acionar a intervenção estatal e impor visitas que, pelo caráter forçado, certamente desencadearão graves conflitos familiares, com evidentes reflexos negativos sobre a menina.

O caso concreto do menino CHICÃO, filho da cantora Cássia Eller, sublinhado pela Apelante por diversas vezes em sua peça recursal, é bastante diverso da questão em tela. *Tratava-se de criança órfã de pai e de mãe*, cuja medida mais adequada era a tutela. Tal medida poderia ser deferida à pessoa da família ou a terceiros, inclusive tutor dativo, *por expressa permissão legal*. Destarte, o caso CHICÃO em nada se assemelha ao pedido de visitação de A. L., para o qual não há suporte legal.

A oitiva de crianças pequenas como A. L., reservadamente, é praxe em Varas de Família e bastante aconselhável em casos de disputa judicial, com o fito de não expor a criança, alvo da guarda ou da visitação, à escolha e decisões na presença de seus entes queridos.

Por óbvio, não houve cerceamento de defesa. Da mesma forma que a Apelante não formulou perguntas à afilhada, a Apelada, mãe de A.L. não participou da conversa informal com a pequena.

Por outro lado, a Apelante teve oportunidades de relatar diversos fatos pretéritos do comportamento da Apelada. Contudo, o presente feito não se presta para esmiuçar o bom ou mau exercício do poder familiar pela ré, ora Apelada. Se entender a madrinha que a afilhada A. L. se encontra em situação constrangedora e de repressão na companhia da mãe adotiva, a visitação não é medida apropriada para coibir eventual fator de risco. A Apelante, no papel de madrinha, como qualquer membro da sociedade, pode buscar auxílio junto ao Conselho Tutelar para que este órgão, dentro de suas atribuições legais, apure os temores da Apelante neste particular e adote as medidas protetivas cabíveis ao detectado em favor da pequena A. L. (art. 136 da Lei nº 8.069/90).

No processo em comento, em momento processual próprio, ou seja, logo após a audiência preliminar de fl. 202/203, constatada a impossibilidade de diálogo entre as partes, fez-se indispensável o enfrentamento das preliminares, o que acarretou a extinção do feito.

Nada obstante a determinação da citação, mesmo que saneado o processo, não há que se falar em preclusão, uma vez que esta se destina às partes e não ao juiz e, tratando-se a carência de ação de matéria de ordem pública, pode ser apreciada inclusive de ofício, consoante a dicção do art. 267, § 3º do Código de Processo Civil

Diante do contexto probatório carreado aos autos, a sentença prolatada pelo d. Juiz não merece qualquer censura, razão pela qual, reiterando a

manifestação de fls.207/211, o Ministério Público opina pelo desprovemento do recurso da autora.

Rio de Janeiro, 27 de fevereiro de 2003.

KÁTIA REGINA FERREIRA LOBO ANDRADE MACIEL
Promotora de Justiça