

**Artigo**  
**Estudo de Caso: Guarda Avoenga**

**Christiane Barbosa [1]**

**RESUMO**

Trata-se de estudo de caso concreto sobre guarda avoenga, no qual o infante foi criado desde o seu nascimento pela genitora e os avós maternos. Após o falecimento da genitora de 27 anos, vitimada por um câncer agressivo, o genitor retirou abruptamente a criança do lar dos avós. Nesse caso, após a morte da genitora que tinha a guarda unilateral do infante, apesar do poder familiar ser juridicamente do genitor, sobrepõe-se o Princípio do Melhor Interesse da Criança, que visa proteger o infante e sua relação de afeto construída ao longo de seus seis anos de idade.

**PALAVRAS-CHAVE:** órfão, genitor, guarda, convivência, avoenga.

**INTRODUÇÃO**

Em que pese a antítese social e jurídica, o que se deveria questionar é onde começa e onde termina os mais importantes princípios jurídicos em nosso ordenamento jurídico, que versam sobre a Proteção Integral e o Melhor Interesse da Criança, que devem sobrepujar a vontade humana.

No estudo de caso, a genitora do infante AP, CS, manteve um relacionamento de maneira irregular com JFK e dele nasceu o filho.

Tanto os alimentos como a visitação por parte do genitor se dava de forma irregular. Não tendo sido o genitor um pai presente.

A criança sempre residiu com os avós maternos na companhia da genitora, falecida em 2018 vitimada por um câncer agressivo aos 27 anos.

A genitora falecida possuía a guarda unilateral da criança, que foi fruto de acordo em ação própria.

Contudo, em meados de 2018, após a morte da genitora, o genitor retirou de forma repentina e abrupta a criança da posse dos avós, mesmo sabendo que em apenas 6 (seis) meses a criança havia perdido sua mãe para um câncer. Não se importando, sequer, com o luto que o infante ainda amargava, pelo falecimento da genitora.

Nunca houve óbice por parte da genitora ou dos autores para que o genitor convivesse com seu filho, ao tempo em que este exercia o direito de visitas.

Entretanto, desde que o genitor de forma unilateral e arbitrária retirou o infante da guarda fática dos autores, avós maternos, estes ficaram cerceados do convívio com a

criança, causando ao infante, por certo, danos emocionais e psicológicos, quiçá irreversíveis, vez que os autores figuraram por toda a vida desta criança como referência afetiva juntamente com a genitora, agora morta, conforme provas fotográficas apresentadas.

Ademais, com a retirada abrupta da criança da guarda fática dos avós maternos, o genitor passou a obstaculizar o exercício do direito de convivência do infante para com os seus avós maternos.

O estratagema utilizado pelo genitor para frustrar o direito de convivência da criança para com os avós, sem justificativa alguma, consistiu em não responder as mensagens destes, que tentaram entrar em contato por diversas formas, no afã de obter alguma notícia da criança, porém, sem sucesso ou, quando muito, após várias tentativas o genitor agendava e depois desmarcava, jamais deixando o infante pernoitar com os avós, que o criaram a vida inteira.

A ardil conduta por parte do genitor, objetivava afastar os avós maternos da criança, fragilizando os laços de afeto tão intensos existentes entre eles, com o condão de que a pequena criança se olvidasse do amor que os unia, afastando-o, assim, da convivência com seus avós.

Ressalte-se que inexistia motivação real, racional e jurídica para os óbices criados pelo genitor.

Os autores da ação seriam os avós maternos da criança.

## DA SITUAÇÃO FÁTICA

Não há dúvidas de que a retirada da criança de seu seio familiar, da forma que se deu, prejudicava o infante em seus laços afetivos, dentre outras repercussões negativas ainda não percebidas, mas que certamente iriam emergir num futuro próximo.

Segundo os avós maternos, o genitor impedia de forma reiterada a convivência entre a criança e eles, impondo restrições quanto às visitas, além de proibir a criança de ir à casa de seus avós maternos, que era a própria casa de uma vida inteira da criança.

Tal atitude causava extremo sofrimento aos avós e, principalmente, à criança, que obviamente sentia falta do convívio harmonioso e saudável que estabeleceram entre si, ao longo de toda sua tenra vida. Mas, ao que tudo indica, o genitor não se preocupava com a saúde emocional e psicológica do seu filho, vez que o cerceava do direito à felicidade.

No caso em tela, em se falando de convívio avoengo de genitora falecida, estamos falando precipuamente da lembrança do afeto da genitora para com a criança; pois, sendo ela falecida, ninguém melhor para referenciar a figura materna da criança do que os próprios avós maternos.

Diante disto, e tendo em vista o melhor interesse, o bem-estar, o direito à felicidade e o direito à convivência familiar da criança, fazia-se necessária a análise de ação própria de pedido de guarda avoenga, para regularizar judicialmente o direito de convivência dos avós em relação à criança e, assim, permitir que seus avós maternos continuassem a proporcionar-lhe todo o cuidado e apoio afetivo de que o infante necessitava.

## DO DIREITO

Preceitua o artigo 227, caput, da Constituição Federal:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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.

Verifica-se de forma expressa na Carta Magna que se deve garantir às crianças, prioritariamente, os direitos fundamentais que são imprescindíveis para que se desenvolvam de forma digna, protegendo, assim, sua saúde física, mental e intelectual.

Encontramos este direito ratificado no ECA, em seu artigo 19, que assevera:

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.

Desta feita, conforme preceitua o Princípio da Solidariedade Familiar, a convivência entre a criança ou adolescente e seus familiares deve ser exercida de forma habitual desde o seu nascimento, ou seja, sem qualquer tipo de condição ou restrição. É imperioso que a criança tenha contato com seus familiares para um desenvolvimento saudável.

Com o advento da Lei nº 12.398/11, veio nova roupagem e nova regulamentação ao direito de visitas, estendendo-o também aos avós. Incluiu-se no parágrafo único ao art. 1589 do Código Civil e nova redação ao inciso VII, do art. 888 do Código de Processo Civil:

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 (redação anterior: a guarda e a educação dos filhos, regulado o direito de visita)

Ainda, de acordo com Maria Berenice Dias,

Quando a Constituição e o ECA asseguram o direito à convivência familiar, não estabelecem limites. Como os vínculos parentais não se esgotam entre pais e filhos, o direito de convivência estende-se aos avós e a todos os demais parentes, inclusive aos colaterais. Além do direito de crianças e adolescentes desfrutarem da companhia de seus familiares, há também o direito dos avós de conviverem com seus netos. O direito de visitas entre avós e netos já era reconhecido pela jurisprudência, antes mesmo ser incluído no Código Civil (1.589 parágrafo único) e consagrado na Lei da Alienação Parental (L 12.318/10 2.o VI e VII).

E os Tribunais assim decidem:

Agravo de instrumento. Regulamentação de direito de visita avoenga. Decisão que defere tutela antecipada à pretensão da avó. Insurgência da mãe do adolescente, ao argumento de que este por ser portador de enfermidade mental não será bem atendido pela agravada. Parecer psicológico favorável ao direito de visitação. Prerrogativa tanto da avó como do próprio neto. Desdobramento do direito fundamental à convivência familiar, consagrado constitucionalmente. Asseguramento do melhor interesse do adolescente. Decisão mantida. Recurso conhecido e desprovido. A ordem constitucional consagra a prioridade do interesse da criança e do adolescente, devendo suas necessidades receberem todo o cuidado e a atenção. O menor de idade é cidadão, sujeito de direitos, devendo estes serem respeitados. O atual paradigma familiar segue os princípios da afetividade e da solidariedade, o que deve sempre ser observado. Os avós são parte da família do menor de idade, de modo que têm direito à sua visita, caso tal seja do melhor interesse do infante.(TJSC – AI nº 20120761404, Relator: Ronei Danielli, 6ª Câmara de Direito Civil, J. 17/07/2013)

Nesse diapasão, há muito a jurisprudência vem consagrando que não se pode impedir a convivência de avós com netos. Esse direito deve ser conjugado com o princípio da proteção integral e com o princípio do melhor interesse da criança, fundamentando-se na prerrogativa de que o neto deve conviver com seus ascendentes, ou por qualquer parente que com ele mantenha laços de afeto, de solidariedade, de respeito e amor.

Tratam-se de direitos que atendem ao melhor interesse da criança e sua proteção. Nos casos em que se vislumbre resistência injustificada por parte dos genitores, afastando netos de avós, depara-se com indícios de alienação parental, que tem fundamento no seu direito de personalidade, o direito à convivência familiar; e aquele que dificultar o exercício do direito de convivência poderá incorrer nas regras que tratam da alienação parental. Podendo o juízo determinar, inclusive, que o alienador perca o poder familiar, conforme a Lei nº 12.318/10.

Desta feita, têm os Tribunais decidido:

AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA. ART. 557, CAPUT, DO CPC. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. VISITAÇÃO DOS AVÓS PATERNOS À NETA. POSSIBILIDADE. Estando a menor sob a guarda e responsabilidade da genitora, é de ser assegurado aos avós paternos o direito de visitas. Direito de visitação que se impõe resguardado. Agravo interno parcialmente provido. (Agravo Regimental Nº 70068040492, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall’Agnol, Julgado em 24/02/2016). (TJ-RS – AGR: 70068040492 RS, Relator: Jorge Luís Dall’Agnol, Data de Julgamento: 24/02/2016, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 29/02/2016).

EMENTA:AGRAVO DE INSTRUMENTO. REGULAMENTAÇÃO DE VISITA AVOENGA. CONVIVÊNCIA DO MENOR COM AVÓS MATERNOS. BENEFÍCIO PARA O NETO. PREVALÊNCIA DO INTERESSE DO MENOR. VISITA EM FINAIS DE SEMANA ALTERNADOS. RECURSO DESPROVIDO. – Por ser indispensável a presença avoenga na vida da criança, com evidente contribuição para sua formação e desenvolvimento, deve ser reservado aos avós o direito de visitá-la de forma a infundir no neto o conceito de tutela e convívio familiar. – A regulamentação do direito de visita deve propiciar ao neto a proximidade com os avós, mas deve preservar em primeiro lugar o interesse da criança, de modo que as visitas estabelecidas devem ocorrer em finais de semana alternados. – “Quod plerunque fit” o direito de visita que se garante ao ascendente tocante a seu descendente não está sujeito a regras pré-fixadas, devendo aquele direito obediência ao prudente arbítrio judicial, prestigiando sempre o interesse do menor e a coesão do núcleo familiar. (TJ-MG – AI: 10459120005010001 MG, Relator: Belizário de Lacerda, Data de Julgamento: 11/06/2013, Câmaras Cíveis / 7ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 14/06/2013).

Agravo de instrumento - família - direito de visita pela avó paterna - visitação avoenga - contato com a família paterna - melhor interesse da criança - ausência de conduta desabonadora da avó - risco não vislumbrado - visitação mantida - recurso não provido. 1. A busca pelo melhor interesse da criança pressupõe a manutenção dos vínculos afetivos com as unidades familiares ostentadas por ambos os genitores. 2. O parágrafo único do artigo 1.589 do Código Civil assegura o direito de visitação avoenga, como forma de garantia da convivência familiar e manutenção das relações de afeto entre os ascendentes e descendentes. 3. Inexistindo nos autos qualquer elemento que desabone a conduta da avó paterna ou que demonstre que a visitação mediante a retirada da infante de sua residência importar-lhe-ia risco, impõe-se a manutenção da decisão agravada. 4. Recurso não provido. (TJMG – Ai nº 1043114006282001 MG, Relatora Claret de Moraes, 6ª Câmara Cível, J. 05/05/2015).

## DO PEDIDO LIMINAR

Restou evidente que estavam presentes os elementos que evidenciavam a probabilidade do direito consistente no convívio avoengo, bem como o perigo de dano ou o risco de resultado útil do processo, eis que a demora na obtenção da tutela almejada culminaria no comprometimento da manutenção de vida digna do infante.

Concedeu-se, liminarmente, medida satisfativa dos efeitos da tutela jurisdicional, haja vista que existiam elementos que certificavam a possibilidade do direito (fumus boni iuris) e o risco de dano no caso concreto (periculum in mora).

Assim sendo, persistiram como pressupostos gerais para o deferimento da tutela de urgência, os requisitos fumus boni iuris e o periculum in mora.

Note-se, que a ampla defesa e o contraditório não restariam prejudicados, mas apenas diferidos no tempo. Do contrário, o direito à convivência avoenga e tudo o que a ela está atrelada e o acesso à ordem jurídica justa restariam, irremediavelmente, aniquilados.

Conforme já explicitado, os avós maternos criaram o neto e buscaram resguardar os direitos dele com a regularização de convivência provisória, pois estariam sendo cerceados do convívio com o infante pelo genitor, o que lhes causava extrema preocupação acerca das atuais condições em que se encontrava o estado emocional e psicológico da criança.

O que estava em voga, precipuamente, eram os direitos do infante.

Quem merecia ser protegido e ter seus direitos resguardados era a criança. E fato é, que a criança depende da tutela jurisdicional para tanto. Não é possível uma criança ser saudável e feliz, tendo sido, do dia para a noite, privado da convivência das pessoas que lhe criaram. Isto, por si só já configuraria a necessidade da medida de urgência.

Ademais, a emergência da medida se impunha, para que os avós maternos da criança voltassem a lhe proporcionar todos os cuidados imprescindíveis à sua criação, garantindo desta forma, o seu bem-estar e a sua dignidade.

O procedimento de Tutela de Urgência encontra previsão no artigo 300 e seguintes, do Código de Processo Civil.

A concessão da medida em sede de liminar, não traria qualquer prejuízo ao genitor, pois se registre, por oportuno, que não havia perigo de irreversibilidade do provimento, uma vez que o juízo a qualquer momento poderia reverter a decisão.

Nesse sentido é a jurisprudência do Eg. TJRJ:

Direito de Família. Agravo de Instrumento. Decisão agravada que deferiu a guarda da menor à sua avó materna, com quem reside desde o falecimento da mãe. Menor que estava sob a guarda da genitora até o seu falecimento. Avó que sempre auxiliou sua filha com os cuidados da menor, pois residiam no mesmo local. Neste momento, opta-se pelo melhor interesse do menor, a fim de não se alterar a sua rotina, já que reside com a avó desde o falecimento de sua mãe. Guarda provisória que deve ser mantida com a agravada. Recurso desprovido. (TJ-RJ - AI: 00661922220148190000 RJ 0066192- 22.2014.8.19.0000, Relator: DES. ALEXANDRE ANTONIO FRANCO FREITAS CAMARA, Data de Julgamento: 27/03/2015, SEGUNDA CAMARA CIVEL, Data de Publicação: 31/03/2015 16:58)

## CONCLUSÃO

Na referida ação, o pedido em comento foi analisado sob a perspectiva do melhor interesse da criança, de maneira a ser evitada sua exposição a constrangimentos e situações traumáticas.

Na hipótese vertente, ficou comprovado por meio dos fatos e documentos constantes dos autos que a criança permaneceu sob os cuidados dos avós maternos, após o falecimento da genitora. Restou evidente, que a criança já se encontrava sob os cuidados dos avós em razão do falecimento da genitora em 2018; sendo certo, que os avós sempre auxiliaram na criação do neto.

Em ações de guarda é necessário buscar ao máximo preservar a saúde emocional da criança, ser em formação, mostrando-se de suma importância a preservação do vínculo afetivo com a família materna e paterna, o seu convívio social, o respeito às suas tarefas cotidianas, como a ida regular à escola, a convivência com os amigos, vizinhos e qual o melhor ambiente para o seu desenvolvimento pleno e em condições mais propícias para a construção de personalidade saudável emocional e fisicamente.

Ademias, documentos tais como atestados de saúde, boletos de pagamento da escola, plano de saúde, carteira de vacinação, revelaram que a criança vivia na companhia dos avós e foram suficientes para a concessão da medida pretendida, uma vez que a criança já vivia o luto pela perda da mãe, sendo desaconselhável uma abrupta ruptura com os demais familiares maternos.

## BIBLIOGRAFIA

BRASIL. [CONSTITUIÇÃO FEDERAL]. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BRASIL, Lei nº 8069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 27 set. 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm). Acesso em: out. 2019.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm). Acesso em: out. 2019.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; Rosendal, Nelson. Curso de direito civil: direito de família. 6.ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Direito das famílias. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: famílias. 5. ed. Salvador: editora JusPODIVM, 2013. In: REGISTRO civil no caso de adoção realizada por casal homoafetivo. Disponível em: [www.emagis.com.br](http://www.emagis.com.br). Acesso em: out. 2019.

HOUAISS, Antônio; VILLAS, Mauro de Salles. Dicionário Houaiss da língua portuguesa. Rio de Janeiro, Objetiva, 2001.

LOBO, Paulo. Direito civil: famílias. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. Estatuto da Criança e do Adolescente. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUNES, Rizzatto. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. São Paulo: Max Limonad, 2002.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Princípios constitucionais. Porto Alegre: Safe, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

VELOSO, Zeno. Direito brasileiro da filiação e paternidade. São Paulo: Malheiros, 1997

Notas:

[1] Advogada, palestrante e professora de Direito das Famílias e Sucessões. Possui sólida experiência na área de Direito das Famílias e Sucessões, sendo membro fundadora do IBDFAM/Niterói (Instituto Brasileiro de Direito de Família de Niterói); membro da Comissão de Direitos da Criança e do Adolescente CDCA OAB/RJ e membro da Comissão de Direitos da Criança e do Adolescente e Adoção da CDCAA OAB Niterói/RJ. Graduada também em Letras (Português / Inglês), pós-graduada e fluente nos idiomas inglês e espanhol. É professora de pós-graduação, nas disciplinas de Direito Possessório (material e processual) e Sucessão Testamentária, no CBEPJUR - Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Jurídicas em parceria com a Universidade Candido Mendes—Centro.

Palavras Chaves

órfão, genitor, guarda, convivência, avoenga.