



## A decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos sobre autoridade parental, visitas e os melhores interesses da criança: *Troxel v. Granville*

*The Supreme Court of the United States decision on parental authority, visitation, and the best interests of the child: Troxel v. Granville*

Raphael Rego Borges Ribeiro\*

### REFERÊNCIA

RIBEIRO, Raphael Rego Borges. A decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos sobre autoridade parental, visitas e os melhores interesses da criança: *Troxel v. Granville*. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 51, p. 82-116, abr. 2023. DOI: <https://doi.org/10.22456/0104-6594.124831>.

### RESUMO

Neste artigo, estudou-se o caso *Troxel v. Granville*, no qual a Supreme Court of the United States (SCOTUS) examinou uma disputa, entre uma mãe e um casal de avós, sobre visitas a duas crianças. Como método, utilizou-se a técnica historiográfica: consultou-se a fonte primária, bem como a literatura sobre a decisão, com abordagem descritiva. Observou-se que a SCOTUS reconheceu a existência de uma liberdade fundamental ao exercício da autoridade parental, bem como de uma presunção de que genitores agem no melhor interesse dos seus filhos. Notou-se que uma SCOTUS muito dividida decidiu em favor de Tommie Granville, cuja autoridade parental fora violada pelo juiz de primeiro grau, que não levava em consideração as decisões dela sobre as próprias filhas. Verificaram-se também as consequências de *Troxel* nas legislações e disputas de visitas naquele país.

### PALAVRAS-CHAVE

Autoridade Parental. Direito de Visitas. Direito de Família. Direito Constitucional. Direito Comparado.

### ABSTRACT

*In this paper, I studied Troxel v. Granville, in which the Supreme Court of the United States (SCOTUS) examined a dispute between a mother and two grandparents concerning visitation to two children. As a method, I used a historiographic technique: I looked into the primary source, as well as the literature discussing the case, using a descriptive approach. I saw that SCOTUS recognized the existence of a fundamental liberty to exercise parental authority, as well as the presumption that parents act in the best interest of their children. I noticed that a highly divided Court decided in favor of Tommie Granville, whose parental authority was violated by the trial court, who did not consider her decisions concerning her own daughters. I also verified the consequences of Troxel in visitation statutes and disputes in the US.*

### KEYWORDS

*Parental Authority. Visitation Rights. Family Law. Constitutional Law. Comparative Law.*

---

\* Doutor (2019), Mestre (2016) e Bacharel (2015) em Direito pela Universidade Federal da Bahia, com período de doutorado sanduíche de 01 ano na University of Ottawa (Canadá). Professor efetivo de Direito Civil na Universidade Federal do Oeste da Bahia (desde 2019). Foi Research Assistant (2018-2019) e atualmente pesquisa no Health Law Centre da University of Ottawa. Foi professor substituto de Direito Civil na Universidade Federal da Bahia (2016-2018). Atualmente coordena o projeto de pesquisa “Família, Propriedade e Herança” no âmbito da Universidade Federal do Oeste da Bahia. [raphael.ribeiro@ufob.edu.br](mailto:raphael.ribeiro@ufob.edu.br).





## SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A autoridade parental e as visitas no direito estadunidense antes de *Troxel v. Granville*. 3. O caminho de *Troxel v. Granville* até a SCOTUS. 4. A opinião plural e as opiniões concorrentes com o resultado. 5. As opiniões dissidentes. 6. Reflexões sobre *Troxel v. Granville* e alguns desdobramentos. 7. Conclusão. Referências. Dados da publicação.

## 1 INTRODUÇÃO

Neste artigo, será observado *Troxel v. Granville*, um caso paradigmático julgado pela *Supreme Court of the United States* (SCOTUS), no qual a Corte debruçou-se sobre os conflitos decorrentes das tensões entre a autoridade parental, o direito de visitas conferido a terceiros, não genitores da criança, e o princípio dos melhores interesses. Muitas vezes, os debates mais profundos acerca da proteção aos direitos fundamentais acabam competindo aos tribunais constitucionais. Isso é verdade para o Brasil e também para os Estados Unidos.

Esta pesquisa se justifica em razão da sua contribuição para a divulgação à comunidade jurídica brasileira da jurisprudência constitucional norte-americana. A doutrina nacional costuma se referir a alguns poucos casos famosos decididos pela SCOTUS, como *Roe v. Wade* (sobre o direito ao aborto, atualmente em voga em razão da sua derrubada em 2022 com a decisão no caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*); todavia, ainda são muito incipientes as buscas por estudar julgados mais recentes, notadamente em outras matérias de direitos fundamentais. Em particular, a doutrina familiarista brasileira parece completamente alheia a essas questões constitucionais decididas alhures. Ter contato com casos paradigmáticos de uma das cortes constitucionais mais relevantes do mundo permite, entre outras coisas, buscar inspiração para futuros desenvolvimentos do direito pátrio, bem como analisar comparativamente com a própria história do direito no Brasil. Isso é particularmente verdade sobre a temática ora trabalhada por dois motivos: (a) em razão do protagonismo assumido pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria de Direito das Famílias; e (b) pelas significativas diferenças entre o direito pátrio e o direito estadunidense a respeito dos interesses das crianças e adolescentes e dos interesses dos genitores. Observar abordagens jurídicas distintas a respeito do mesmo tema permite uma compreensão melhor a respeito das escolhas jurídico-políticas feitas pelo Legislativo nacional. Este artigo pretende suprir esse *gap*, além de incentivar iniciativas semelhantes em outros temas.

O objetivo geral dessa investigação é descrever como a *Supreme Court* julgou que a Constituição estadunidense protegia o direito constitucional ao exercício da autoridade





parental. De forma específica, identificaremos os precedentes da Suprema Corte e as leis estaduais que pavimentaram o caminho para a decisão em *Troxel*; observaremos os fatos e o caminho do referido caso até a SCOTUS; semelhantemente, destacaremos os principais fundamentos das opiniões apresentadas pelos diferentes membros da Suprema Corte. Ao final, identificaremos na doutrina especializada reflexões e repercussões da mencionada decisão. Este artigo tem uma natureza predominantemente descritiva; apesar de uma necessária investigação crítica mais aprofundada se fazer claramente cabível, isso aqui não é feito especificamente por razões de restrição de espaço. Acredita-se que a abordagem majoritariamente descritiva é consistente com o objetivo de pesquisa supramencionado.

Como método, será utilizada principalmente a técnica historiográfica, particularmente baseada na consulta às fontes primárias, quais sejam, os arquivos da SCOTUS, com a subsequente exposição dos argumentos utilizados no voto vencedor e nas divergências. Também se realizará consulta bibliográfica à doutrina especializada.

## 2 A AUTORIDADE PARENTAL E AS VISITAS NO DIREITO ESTADUNIDENSE ANTES DE *TROXEL V. GRANVILLE*

Há muitas décadas, a *Supreme Court of the United States* vem reconhecendo o direito constitucional que um genitor tem de tomar decisões a respeito do cuidado, guarda e criação de sua prole. Em diversos casos, ao longo de todo o século XX, a jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos tem historicamente reconhecido o direito ao exercício da autoridade parental, como uma liberdade fundamental protegida pela *Due Process Clause* da Décima Quarta Emenda à Constituição estadunidense<sup>1</sup>. Interessantemente, trata-se provavelmente da primeira liberdade fundamental não prevista expressamente no texto constitucional a ser reconhecida pela *Supreme Court* (HAHN, 2001, p.211).

Ainda na década de 20 dos anos 1900, em *Meyer v. Nebraska*, a SCOTUS determinou que as liberdades garantidas pela Constituição incluem o direito, ao menos parcial, de um pai criar seus filhos da forma como achar adequado. Naquele caso, invalidou-se uma lei do estado de Nebraska proibindo o ensino de qualquer idioma além do inglês. Semelhantemente, poucos

<sup>1</sup> No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws. (Sem grifos na *Due Process Clause* no original)





anos depois, em *Pierce v. Society of Sisters*, a Corte considerou inconstitucional uma lei do Oregon exigindo que crianças frequentassem apenas escolas públicas, na medida em que tal determinação legal desarrazoadamente interferia com a liberdade do genitor de direcionar o desenvolvimento e a educação dos seus filhos.

Muito mais recentemente, já na década de 1970, em *Wisconsin v. Yoder*, a Suprema Corte dos Estados Unidos concluiu que o papel primordial dos pais na criação dos seus filhos já estava inquestionavelmente estabelecido como uma duradoura tradição estadunidense. No referido caso, por a SCOTUS ter identificado uma grave interferência nos interesses fundamentais dos genitores, foi derrotada a tentativa de Wisconsin de multar pais de fé Amish que se recusavam a matricular seus filhos em escolas públicas a partir da oitava série. No final daquela mesma década, em *Parham v. J.R.*, a *US Supreme Court* declarou a existência de uma presunção relativa de que os genitores agem no melhor interesse dos filhos em razão de “vínculos naturais de afeto”. Em tal ação, um grupo de menores de idade alegava que as leis da Georgia seriam insuficientes para proteger os filhos contra a internação dos filhos, requerida pelos pais, em instituições de saúde mental. A partir da mencionada presunção, a Suprema Corte rejeitou o pedido e considerou constitucionais as questionadas normas estaduais.

Por outro lado, a mesma *Supreme Court* também reconhece que o exercício da autoridade parental não se trata de um direito fundamental ilimitado. Em *Prince v. Massachusetts*, conquanto tenha reafirmado o direito a direcionar a criação dos próprios filhos, a SCOTUS identificou que a família não está imune à regulação pelo Poder Público; nesse sentido, o Estado tem autoridade para interferir em questões envolvendo o bem-estar de uma criança, o que lhe confere uma ampla gama de poderes para limitar a liberdade parental em tais assuntos. No referido caso, a Corte considerou constitucional uma lei de Massachusetts que proibia menores de 18 anos de venderem literatura religiosa na rua.

Neste último sentido, embora há muito já se reconhecia a importância da autoridade parental, também sempre se preservou o poder de o Estado intervir nas circunstâncias em que os genitores falhavam de algum modo no exercício das suas funções (TOMAINE, 2001, p.736). De acordo com Eric B. Martin (2001, p.576), na *common law*<sup>2</sup> inglesa, desenvolveu-se

---

<sup>2</sup> Aqui, bem como no parágrafo seguinte, usa-se a expressão *common law* no sentido específico de normas jurídicas comuns, identificadas judicialmente. Não se utiliza aqui no sentido do sistema jurídico como um todo, que engloba tanto as referidas normas quanto aquelas editadas pelo Legislativo – estas últimas compõem o chamado *statute law*, que eventualmente pode alterar as regras identificadas judicialmente.





a doutrina do *parens patriae* – literalmente “pai da pátria” –, segundo a qual o monarca assumia o papel de proteger a saúde, o conforto e o bem estar dos cidadãos, em especial agindo como guardião dos menores, dos incapazes e daqueles que não tinham qualquer outro protetor. Essa doutrina, e a autoridade dela decorrente, foi adotada por jurisdições continuadoras da *common law*, incluindo os Estados Unidos; lá, o Estado tem usado seu poder de *parens patriae* para exercer seu poder de polícia e regular a saúde e a segurança pública, manter a paz e assegurar o bem-estar geral. Também se trata da doutrina que fundamenta o envolvimento estatal em questões envolvendo crianças. Uma questão delicada envolvendo as tensões entre, de um lado, a já reconhecida liberdade fundamental de exercício da autoridade parental e, de outro lado, a autoridade *parens patriae* do Estado é a constitucionalidade dos *nonparental visitation statutes* – justamente a questão que chegou à SCOTUS para ser resolvida em *Troxel*.

Na *common law*, não havia qualquer direito de avós ou outras pessoas visitarem as crianças caso houvesse oposição dos pais (NEWMAN, 2004, p.491; MARTIN, 2001, p.578). A sociedade reconhecia que o genitor tinha uma obrigação moral de permitir o contato do avô com o neto, todavia isso não se tratava de um direito exigível judicialmente. Consequentemente, aquelas pessoas querendo acesso à criança não tinham qualquer remédio jurídico para além de requerer a sua guarda, e para isso teria de demonstrar a inadequação do genitor para continuar exercendo a autoridade parental. Ironicamente, podia-se pleitear o mais (a guarda), porém não o menos (as visitas) (MARTIN, 2001, p.579). Muitas eram as razões para os tribunais não identificarem na *common law* esse direito dos avós: a crença de que a interferência judicial iria enfraquecer a autoridade parental; a preocupação com uma possível inserção de um conflito intergeracional na vida da criança, que poderia causar a ela trauma emocional ou físico; bem como a proteção constitucional à autonomia dos genitores (ALDERFER, 2001, p.965).

A partir dos anos 1960, em especial com fundamento nas mudanças demográficas sofridas pela sociedade estadunidense, as diferentes jurisdições estaduais começaram a editar os *nonparental* (ou *third-party*) *visitation statutes*, de forma a assegurar direitos de visitas a avós, outros parentes, pessoas que tinham sido padrastos ou madrastas ou que tinham exercido função parental, entre outros (MARTIN, 2001, p.580). De modo geral, as referidas leis englobam três aspectos. Primeiramente, determinam quem pode requerer visitas; em segundo lugar, as circunstâncias nas quais a concessão de visitas pode ser deferida (O’CONNELL, 2003, p.79). Esses dois primeiros aspectos se relacionam com a questão de legitimidade, ou





seja, de *standing*. Em terceiro lugar, as normas estabelecem qual o *standard* decisório a ser utilizado pelo juiz ao determinar pela procedência ou improcedência do pedido – ilustrativamente, se é necessário provar que a criança sofrerá danos sem as visitas, ou se basta demonstrar que a visitação é nos melhores interesses delas (TOMAINÉ, 2001, p.742-743).

Nesse contexto, houve principalmente a edição dos *grandparent visitation statutes*, permitindo que avós requeressem ao Judiciário uma ordem para que os pais aceitassem a visita deles aos próprios netos. O primeiro estado a editar legislação nesse sentido foi New York, em 1966; no início da década de 1990, todos os 50 estados daquele país já tinham adotado alguma variação das referidas leis. Assim, ser avô era questão essencial de *standing*, ou seja, de ter legitimidade para pleitear as visitas; todavia, não seria qualquer circunstância na qual a ordem de visitação seria considerada apropriada. No início dessa história legislativa, alguns estados somente conferiam o direito de visitas quando o genitor da criança, filho do avô requerente, tivesse morrido, enquanto outras jurisdições estaduais exigiam apenas que os avós já tivessem estabelecido um vínculo com os netos (BOHL, 2006, p.129). Por especificar que somente em algumas situações haveria concessão de acesso à criança, tais normas recebem o epíteto de *special circumstances statutes* (ALDERFER, 2001, p.974).

Ocorre que, segundo Alessia Bell (2001, p.255), as leis alterando a lógica original da *common law* ao assegurar o direito de visitas aos avós surgiram mais como efeito de pressões políticas e econômicas do que de uma análise empírica e sistemática do que estaria no melhor interesse das crianças e dos adolescentes. Nos processos políticos que resultaram na edição dos *grandparent visitation statutes*, houve muita ação de lobistas poderosos como a AARP<sup>3</sup> e de eleitores idosos – a ponto de votar contra a aprovação das referidas leis ter se tornado suicídio político (O’CONNEL, 2003, p.78; TOMAINÉ, 2001, p.732). Joan Catherine Bohl (2006, p.129-130) e Susan Tomainé (2001, p.745-746) observaram que, a partir de tais pressões, as legislações de visitas mais recentes passaram a ser mais genéricas do que as mais antigas, no sentido de terem deixado, de modo geral, de exigir pressupostos, como os mencionados no parágrafo anterior, ou quaisquer critérios para que tal direito fosse conferido aos avós; assim, as leis começaram a garantir o acesso ao neto pelo simples fato de o requerente ser avô, e não por ter desempenhado qualquer papel na vida da criança. Por não exigirem circunstâncias especiais para a concessão da ordem de visitação, tais normas se classificam como *open ended statutes* (ALDERFER, 2001, p.974).

<sup>3</sup> A designação atual formalmente é apenas AARP. Entretanto, originalmente, AARP era a sigla de *American Association of Retired Persons* – em tradução livre, Associação Americana de Pessoas Aposentadas.





O simples fato de os *grandparent visitation statutes* terem sido editados não foi suficiente para pacificar os direitos dos avós. Isso porque, antes de *Troxel v. Granville* chegar à Suprema Corte dos Estados Unidos, já se discutia a nível estadual a constitucionalidade de tais normas, uma vez que elas indiscutivelmente causavam interferência no exercício da autoridade parental – reconhecido pela SCOTUS como uma liberdade fundamental, como visto. Nesse sentido, antes de 2000, as Supremas Cortes de 06 estados já haviam declarado a inconstitucionalidade das respectivas leis sobre visitas: Tennessee, Georgia, Florida, Oklahoma, North Dakota e Washington (DOYLE, 2002, p.34). Do recurso contra a decisão tomada pela *Washington Supreme Court*, *Troxel* chegou à SCOTUS.

### 3 O CAMINHO DE *TROXEL V. GRANVILLE* ATÉ A SCOTUS

A seção 26.10.160(3) do *Revised Code of Washington* permitia que, naquele estado, qualquer pessoa pudesse, a qualquer tempo, requerer em juízo a regulamentação de visitas a um menor de idade<sup>4</sup>. Nos termos descritos na seção anterior, a questão de *standing* na lei de Washington era significativamente ampla. Em relação ao *standard* a ser utilizado pelo magistrado na análise dos casos, a mesma norma estadual estabelecia que as cortes defeririam a ordem de visitação sempre que ela estivesse no melhor interesse da criança.

Tommie Granville e Brad Troxel, embora nunca tivessem se casado, tiveram duas filhas: Natalie, nascida em 1989, e Isabelle, nascida em 1991. Após o fim do relacionamento com Tommie, em 1991, Brad passou a viver na residência dos seus pais, Jenifer e Gary Troxel, para onde ele regularmente levava as filhas para passarem os finais de semana. Após Brad cometer suicídio em maio de 1993, durante algum tempo Isabelle e Natalie continuaram a manter visitas regulares aos avós (TROXEL, 2000, p.60). Os Troxels, à época, já estavam casados havia 35 anos; Gary fora membro de um grupo musical nos anos 1960, os Fleetwoods (BELL, 2001, p.232) – fato que acabou sendo relevante em juízo, como se verá a seguir.

Ocorre que em outubro de 1993, Tommie informou aos Troxels que desejava reduzir a visitação das filhas a eles a um curto encontro mensal (TROXEL, 2000, p.61). A mãe considerava que, após a morte do pai das meninas, os pedidos de visitas feitos pelos avós estavam se tornando imprevisíveis; ela também acreditava que Jenifer e Gary estavam

<sup>4</sup> Wash. Rev. Code § 26.10.160(3): “Any person may petition the court for visitation rights at any time including, but not limited to, custody proceedings. The court may order visitation rights for any person when visitation may serve the best interest of the child whether or not there has been any change of circumstances.”





indevidamente usando Natalie e Isabelle como mecanismos de superação do luto por Brad (BELL, 2001, p.232). Em dezembro daquele mesmo ano, Jenifer e Gary requereram à *Washington Superior Court*, no Condado de Skagit, que lhes fosse concedido direito de visitas consistentes em dois finais de semana por mês, com pernoite, assim como duas semanas inteiras de visitas cada verão. Os avós não questionaram a aptidão de Granville para o exercício da autoridade parental nem quiseram se tornar guardiães das netas: a disputa era centrada na quantidade e na qualidade das visitas (HAHN, 2001, p.201). Tommie Granville não se opôs ao deferimento de visita em favor dos avós das suas filhas; contudo, solicitou ao juiz que concedesse a eles apenas um dia de visitas por mês, sem pernoites.

Em 1995, o magistrado da *Washington Superior Court* compreendeu que a visitação servia aos melhores interesses de Isabelle e Natalie, determinando um direito de visitas aos avós que consistia naquilo que ele acreditava ser um meio-termo entre os pedidos: um final de semana por mês, com pernoite, além de uma semana durante o verão, bem como 04 horas no dia do aniversário de cada um dos avós (TROXEL, 2000, p.61). A decisão de piso, bastante criticada pelas instâncias superiores e pelos acadêmicos analisando o caso, fundamentava-se, entre outras coisas, na experiência pessoal do juiz – que chegou a fazer referência à sua própria infância passando férias com os avós (BELL, 2001, p.254). Segundo o magistrado, os Troxels poderiam dar às netas a oportunidade de conviver não apenas com os primos delas, mas também com música – destacando o passado musical de Gary Troxel (BOHL, 2006, p.138).

Tommie Granville recorreu da referida ordem de visitas para a *Washington Court of Appeals*. Nesse meio tempo, ela se casara com Kelly Wynn, e este adotara Isabelle e Natalie. Granville tinha 03 outros filhos de um relacionamento anterior ao que manteve com Brad; Wynn tinha 02 filhos do seu primeiro casamento, e Kelly e Tommie acabaram gerando mais uma criança também. Tommie Granville reiteradamente afirmava que seu interesse em limitar as visitas dos Troxels a Natalie e Isabelle era uma tentativa de trazer estabilidade à sua família recomposta (STRASSER, 2018, p.312). A *Court of Appeals* acabou derrubando a decisão, por entender que os avós não poderiam requerer regulamentação de visitas na ausência de uma situação especial, qual seja, a disputa pela guarda das crianças (TROXEL, 2000, p.62). O tribunal examinou a evolução histórica do *nonparental visitation statute* em Washington e concluiu que o Legislativo estadual deixara não intencionalmente de emendar a lei em questão (LEWIS, 2001, p.253). A *Washington Court of Appeals* verificou que em 1996 havia sido reformada uma norma estadual semelhante, prevista especificamente na lei sobre separação e





divórcio, que limitava as circunstâncias em que terceiros poderiam requerer judicialmente acesso à criança; a corte compreendeu que não havia razão plausível para que aquela lei tivesse sido modificada, e a usada no caso em questão, não (BOHL, 2006, p.138).

Jenifer e Brad Troxel recorreram para a *Washington Supreme Court*, que concordou em rever o caso, em conjunto com outras duas ações sobre visitas originadas em outros tribunais daquele estado<sup>5</sup>; a consolidação dos três casos resultou na decisão proferida em *Smith v. Stillwell-Smith* (MARTIN, 2001, p.582). A análise constitucional ali realizada discutiu exclusivamente a linguagem da norma em questão, não tendo sido enfrentados os fatos específicos de qualquer uma das três ações reunidas. O julgamento foi dividido em duas partes, cada uma sobre um aspecto constitucional distinto: se um terceiro teria legitimidade para requerer visitas fora de um contexto de disputa de guarda; e se a lei indevidamente violava o direito constitucional ao exercício da autoridade parental (VARELA, 2004, p.603).

A Suprema Corte estadual, em razão da linguagem literal da norma então discutida, discordou do entendimento sobre a impossibilidade de requerer visitas na ausência de uma disputa pela guarda das crianças, revertendo nesse ponto específico o entendimento da *Washington Court of Appeals*. Entretanto, a *Washington Supreme Court* entendeu que os Troxels não tinham direito às visitas pretendidas, na medida em que a legislação local feria a Constituição Federal estadunidense. A Suprema Corte do estado de Washington compreendeu, por uma apertada maioria de 5 a 4, pela inconstitucionalidade em abstrato da norma estadual, sem entrar no mérito da sua aplicação a quaisquer fatos em particular, por dois motivos em especial. Em primeiro lugar, um estado somente pode interferir no direito fundamental que um genitor tem de criar os próprios filhos se tal intervenção for direcionada a prevenir danos às crianças. Em segundo lugar, a *Washington Supreme Court* notou que a norma estadual era muito ampla, por autorizar que qualquer pessoa a qualquer tempo procurasse visitas forçadas, e permitia que os juízes substituíssem os genitores na tomada de decisões a respeito de expor os filhos a certas pessoas ou ideias (TROXEL, 2000, p.63).

Os Troxels novamente recorreram, e em 1999 a Suprema Corte dos Estados Unidos concordou em reavaliar o caso a partir das duas conclusões a que chegara o mais alto tribunal de Washington. Curiosamente, Natalie e Isabelle Wynn – elas deixaram de usar o sobrenome do pai biológico e adotaram o sobrenome do pai adotivo – somente tomaram conhecimento da

<sup>5</sup> As três ações consolidadas foram *In re Visitation of Troxel, Clay v. Wolcott* (que envolvia um pedido de visitas formulado pelo ex-companheiro da mãe de um garoto de 06 anos de idade) e *Smith v. Stillwell-Smith* (no qual a avó materna assassinara o pai da criança, à qual a família paterna queria acesso).





disputa judicial quando esta chegou à SCOTUS (HAHN, 2001, p.204). É de se apontar também que é extremamente raro que a *US Supreme Court*, que integra o Judiciário federal estadunidense, aceite analisar um caso de Direito de Família, por se tratar de matéria primordialmente de competência das leis estaduais; desse modo, julgar *Troxel* sinalizou a importância das questões envolvendo os *grandparent visitation statutes*, inclusive os diferentes critérios adotados pelos legislativos e judiciários locais (CULLEY, 2015, p.241).

Quando a *Supreme Court of the United States* admite um caso no qual se questiona a compatibilidade de uma lei estadual com a Constituição estadunidense, tanto ela quanto a Suprema Corte do referido estado têm uma responsabilidade conjunta e complementar. O mais elevado tribunal estadual deve primeiramente definir qual a interpretação definitiva a ser dada à lei em questão, enquanto a mais alta corte nacional decide a constitucionalidade da norma com base naquela interpretação. Se a SCOTUS entender que a legislação em questão é inconstitucional – abstratamente ou em sua aplicação concreta –, a Suprema Corte estadual pode ainda reconsiderar a adequada interpretação, de modo a possibilitar a aplicação da lei sem que haja violação da Constituição federal (MARTIN, 2001, p.586).

Quando a *Supreme Court of the United States* julgou *Troxel*, em 2000, a sua composição estava equilibrada, porém com uma sólida ala conservadora já se estabelecendo. Como grandes expoentes da ala liberal-progressista, havia os *Justices* John Paul Stevens, David Souter e Stephen Breyer, além da *Justice* Ruth Bader Ginsburg. Como moderados, porém tendentes ao conservadorismo, havia a *Justice* Sandra Day O'Connor e o *Justice* Anthony Kennedy. Como fortemente conservadores, havia o *Chief Justice* William Rehnquist, além dos *Justices* Antonin Scalia e Clarence Thomas. Curiosamente, como se verá a seguir, na decisão ora estudada, a SCOTUS não se dividiu no resultado com base na ideologia política dos magistrados: exemplificativamente, o ultraconservador *Chief Justice* aderiu à mesma opinião aderida pela progressista *Justice* Ginsburg, assim como tanto o ultraliberal Stevens quando o ícone conservador Scalia divergiram do resultado alcançado pela maioria dos *Justices*.

Em *Troxel v. Granville*, a Suprema Corte dos Estados Unidos apresentou uma decisão significativamente dividida: 06 *Justices* entenderam a favor de Tommie Granville, mas sem conseguir formar maioria a respeito de uma mesma fundamentação. A *Justice* O'Connor apresentou a opinião principal, sendo seguida tanto no resultado do julgamento quanto na fundamentação pelo *Chief Justice* Rehnquist e pelos *Justices* Ginsburg e Breyer. Como houve aderência de menos da metade da SCOTUS, não se pode chamar tal opinião de majoritária, e





sim de plural. Os *Justices* Souter e Thomas aderiram ao resultado do julgamento, todavia cada um com seu respectivo fundamento. Os *Justices* Stevens, Scalia e Kennedy apresentaram cada um as suas próprias divergências e respectivos fundamentos em relação ao resultado final da decisão da Corte.

#### 4 A OPINIÃO PLURAL E AS OPINIÕES CONCORRENTES COM O RESULTADO

A *Justice* Sandra Day O'Connor redigiu a opinião da pluralidade da Corte, tendo sido integralmente acompanhada pelo *Chief Justice* Rehnquist e pelos *Justices* Breyer e Ginsburg. Em tal opinião, os quatro *Justices* concordaram que a norma do estado de Washington, aplicada concretamente a Tommie Granville e respectiva família, era inconstitucional por violar o direito fundamental dela de tomar decisões a respeito do cuidado, guarda e criação das suas filhas. Importante notar que a opinião plural verificou a inconstitucionalidade para o caso concreto, não estabelecendo assim a inconstitucionalidade em abstrato da legislação debatida.

Em primeiro lugar, a *Justice* O'Connor reconheceu a relação entre, de um lado, a edição das leis de visitação em favor de não-genitores e, de outro lado, as transformações nas realidades das famílias, com a quebra do monopólio da família nuclear constituída apenas por pai, mãe e filhos. Ela admitiu que tais normas representavam uma tentativa de assegurar às crianças os benefícios decorrentes dos relacionamentos com terceiras pessoas, que não seus genitores. Entretanto, ela observou que tais legislações vêm com custos, entre eles uma interferência significativa na relação dos pais com os próprios filhos (TROXEL, 2000, p.64).

A Décima Quarta Emenda à Constituição Estadunidense estabelece que nenhum estado pode privar qualquer pessoa da sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo jurídico. Nesse sentido, a SCOTUS tem reconhecido que tal cláusula não se dirige apenas ao aspecto procedimental, mas também inclui um componente substantivo que assegura reforçada proteção contra interferência governamental em certos direitos fundamentais e liberdades – o chamado *substantive due process*. Citando os julgados paradigmáticos supramencionados na seção 2, a *Justice* O'Connor aduziu que o caso *Troxel* envolvia uma liberdade fundamental que talvez fosse a mais antiga de todas as reconhecidas pela *Supreme Court* e sobre a qual não havia dúvida de existir proteção pela *Due Process Clause*: o direito de os genitores tomarem decisões a respeito do cuidado, guarda e criação dos seus próprios filhos (TROXEL, 2000, p.65-66).





A *Justice* Sandra Day O'Connor depreendeu que, na aplicação concreta da norma de Washington a Tommie Granville e à sua família, havia uma inconstitucional violação da supramencionada liberdade fundamental conferida a todos os genitores. Ela consignou que a legislação discutida era assustadoramente ampla – *breathtakingly broad* –, permitindo que qualquer terceira pessoa submeta à revisão judicial as decisões tomadas por um genitor. Além disso, a referida lei não continha qualquer presunção de validade ou deferência à decisão do genitor. Em vez disso, a norma conferia apenas ao magistrado a determinação daquilo que estaria no melhor interesse da criança; desse modo, em qualquer situação de discordância entre a visão dos pais ou do juiz, a compreensão desse último necessariamente acabaria prevalecendo (TROXEL, 2000, p.67).

Conforme a *Justice* O'Connor, a decisão da *Washington Superior Court* não se embasou em qualquer fator especial que pudesse justificar a interferência estatal no direito fundamental de Tommie Granville de decidir a respeito da criação das próprias filhas. Em primeiro lugar, nem os Troxels alegaram, nem qualquer dos tribunais tinha julgado, que Granville não era uma *fit parent* – ou seja, que ela não exercia adequadamente a sua autoridade parental. Citando o caso *Parham v. J.R.*, O'Connor lembrou que a SCOTUS já reconheceria uma presunção de que *fit parents* atuam no melhor interesse dos seus filhos; nesse sentido, enquanto um genitor exercer adequadamente a sua autoridade parental, normalmente não haverá razão para que o Estado interfira no espaço privado da família. A *Justice* O'Connor observou que não apenas a *Washington Superior Court* havia interferido na autoridade exercida por Tommie, mas também ao fazê-lo deixara de aplicar uma presunção em seu favor – na verdade, aparentemente aplicara uma presunção em sentido diametralmente oposto, na medida em que o magistrado havia conferido a Granville o ônus de demonstrar que a visita aos avós não significa o melhor interesse de Isabelle e Natalie. Desse modo, O'Connor compreendeu que o raciocínio usado pelo juízo de piso não conferia qualquer proteção à referida liberdade fundamental de Tommie Granville. Desse modo, a opinião da pluralidade da SCOTUS estabeleceu que a decisão de se uma relação de uma criança com os avós é benéfica ou não compete aos pais em primeiro lugar; e, se a decisão de um *fit parent* sobre o assunto for questionada judicialmente, o Judiciário deve conferir ao menos algum “peso especial” à determinação do genitor. Em segundo lugar, a *Justice* O'Connor notou ainda que Granville em momento algum, mesmo antes do ajuizamento da ação, decidira cortar de vez as visitas das filhas aos avós paternos; ela apenas discordava de elementos desejados por estes, como frequência e pernoites. Apesar disso, a *Washington Superior Court* não dera





qualquer importância à vontade da genitora, tendo optado por um meio termo entre o que ela queria e o que os avós peticionavam (TROXEL, 2000, p.68-72).

A *Justice O'Connor* concluiu que o caso *Troxel* envolvia nada mais do que uma simples discordância entre Tommie Granville e o juiz da *Washington Superior Court* a respeito dos melhores interesses de Isabelle e Natalie. Nesse sentido, argumentou que a *Due Process Clause* não permite que o poder público interfira no direito fundamental que os pais têm de tomar decisões sobre a sua prole simplesmente por acreditar que um magistrado pode tomar uma decisão melhor. Considerando que as razões aduzidas na decisão *Superior Court* indevidamente desconsideravam totalmente as determinações feitas por Granville em relação às próprias filhas, O'Connor depreendeu que a aplicação da legislação de Washington ao caso concreto configurava uma violação da Constituição estadunidense (TROXEL, 2000, p.72-73). Percebe-se que O'Connor concordou com o segundo fundamento utilizado pela *Supreme Court of Washington*, todavia não em relação à lei em abstrato, como fizera o mais alto tribunal estadual, mas à sua aplicação concreta.

Entendendo pela inconstitucionalidade da lei aplicada ao caso concreto pelo segundo fundamento apresentado pela *Washington Supreme Court*, a opinião da *Justice O'Connor* não entrou no mérito da primeira questão constitucional levantada por aquela corte estadual: se a *Due Process Clause* exige que qualquer legislação de visitas de não-genitores requeira, para que sejam deferidas tais visitas, a demonstração de risco de dano à criança. Do mesmo modo, observando que as decisões sobre essa matéria dependem substancialmente dos fatos específicos de cada caso, a pluralidade da SCOTUS afirmou estar hesitante em declarar abstratamente inconstitucionais tais legislações (TROXEL, 2000, p.73).

Os *Justices Souter* e *Thomas* apresentaram as suas próprias respectivas opiniões. Ambos concordaram com o resultado do julgamento em favor de Tommie Granville; contudo, cada um deles chegou a tal conclusão por raciocínios distintos.

O *Justice David Souter* compreendeu que o caso foi corretamente decidido favoravelmente a Granville; todavia, discordou da fundamentação utilizada pela *Justice O'Connor*. Para ele, a decisão da *Washington Supreme Court*, no sentido da declaração da inconstitucionalidade em abstrato da questionada legislação local, e não apenas concretamente aplicada aos fatos do caso *Troxel*, era consistente com os precedentes da *Supreme Court of the United States* a respeito dos interesses substanciais envolvidos. Segundo o *Justice Souter*, os dois fundamentos utilizados pela Suprema Corte estadual eram independentes um do outro. Nesse sentido, Souter aduziu que não havia qualquer equívoco na segunda fundamentação





apresentada por aquele tribunal para declarar a inconstitucionalidade em abstrato da lei em questão – a amplitude excessiva, que permitia a qualquer pessoa a qualquer tempo requerer visitas, que seriam concedidas com base exclusivamente no entendimento do juiz do que seria o melhor interesse da criança. De acordo com o *Justice Souter*, sendo tal observação suficiente para manter o resultado do julgamento ora rediscutido na SCOTUS, ele não via necessidade de debater se as leis devem ou não requerer demonstração de dano à criança para conceder visitas a terceiros (TROXEL, 2000, p.75-77).

O *Justice Souter* consignou que a Corte estadual era a autoridade competente para interpretar o sentido e o limite das leis de Washington. Exercendo sua competência, aquele tribunal interpretara a referida norma definindo que o legislador basicamente não colocara limites em relação à discricionariedade judicial para conceder direitos de visitas a terceiras pessoas, sempre que um juiz entendesse que poderia tomar uma decisão melhor do que aquela tomada pelos genitores da criança. Com base em sua interpretação autorizada, a *Supreme Court of Washington* considerara a referida norma inconstitucional, por violar os precedentes da SCOTUS a respeito da liberdade fundamental de exercício da autoridade parental. Para o *Justice Souter*, não havia erro em tal declaração de inconstitucionalidade, na medida em que, conforme os precedentes da SCOTUS corretamente utilizados pela Suprema Corte estadual, seria absurdo submeter os pais de uma criança às escolhas realizadas por um juiz simplesmente porque o magistrado se considera mais iluminado do que aqueles genitores. Por esses motivos, o *Justice Souter* defendeu que o correto seria simplesmente reiterar a decisão da *Supreme Court of Washington* e manter a declaração de inconstitucionalidade em abstrato da questionada lei estadual de visitas em favor de terceiros (TROXEL, 2000, p.78-79).

Por fim, também concordando com o resultado favorável a Tommie Granville, o *Justice Clarence Thomas* apresentou a sua própria fundamentação. Para ele, como nenhuma das partes envolvidas ou das decisões recorridas questionava a existência de uma liberdade fundamental, não expressa no texto da Constituição estadunidense, ao exercício da autoridade parental, ele não entraria no mérito dessa matéria. O *Justice Thomas* aduziu que, em se tratando de interferências a um direito fundamental, ele aplicaria à lei de Washington a técnica de escrutínio estrito. Trata-se do teste de constitucionalidade mais rigoroso no sistema estadunidense, segundo o qual uma norma que interfere em um direito fundamental seria constitucional apenas se o poder público demonstrasse, em primeiro lugar, que ela era necessária para alcançar um interesse governamental irrefutável; e, em segundo lugar, que tal lei fora cuidadosamente desenhada para atingir o referido interesse. Para o *Justice Thomas*,





em *Troxel* o estado de Washington falhara em demonstrar sequer a existência de um interesse legítimo, quanto mais um interesse irrefutável, para justificar a interferência na decisão de um genitor a respeito de visitas de terceiros à sua prole (TROXEL, 2000, p.80).

## 5 AS OPINIÕES DISSIDENTES

Os *Justices* John Paul Stevens, Antonin Scalia e Anthony Kennedy, cada um deles por diferentes fundamentos, apresentaram as suas divergências ao resultado alcançado pela maioria da Corte. Curiosamente, o primeiro era um expoente do pensamento jurídico progressista na SCOTUS; o segundo era um ultraconservador; e o terceiro, um moderado apelidado de *swing vote*, por acompanhar a ala progressista ou conservadora da Corte a depender da matéria.

O *Justice* John Paul Stevens iniciou sua opinião afirmando que a *Supreme Court of the United States* sequer deveria ter aceitado examinar *Troxel*. Para ele, não havia necessidade de um novo *judicial review* em um caso com uma decisão de primeiro grau problemática, uma legislação com características únicas e uma decisão de Suprema Corte estadual que apenas exigia do Legislativo local a elaboração de uma norma melhor (TROXEL, 2000, p.80-81).

Entrando no mérito em si do caso, o *Justice* Stevens discordou da análise dos colegas que levou à inconstitucionalidade da lei de Washington aplicada ao caso concreto. Para ele, na medida em que a Suprema Corte daquele estado havia declarado a inconstitucionalidade em abstrato da referida norma, essa deveria ter sido a questão enfrentada diretamente pela SCOTUS (TROXEL, 2000, p.81). Para ele, a *US Supreme Court* deveria em primeiro lugar, à luz da Constituição federal, identificar e corrigir dois equívocos na interpretação dada pela *Washington Supreme Court* e, em segundo lugar, remeter o caso ao Judiciário estadual para nova análise a partir da adequada interpretação da lei discutida (TROXEL, 2000, p.84).

O primeiro equívoco notado pelo *Justice* Stevens na interpretação dada pela *Supreme Court of Washington* seria o fato de, para ele, não haver inconstitucionalidade em abstrato da regra estadual em razão da amplitude de pessoas legitimadas pela legislação a requerer judicialmente visitas à criança. Segundo Stevens, a linguagem ampla da lei de Washington permite que, em inúmeros casos concretos, a “qualquer pessoa” procurando visitar a criança seja alguém que mantinha relação íntima de cuidado ou afeto com ela – o que de modo algum violaria a Constituição estadunidense (TROXEL, 2000, p.85).





O segundo equívoco observado pelo *Justice* John Paul Stevens na decisão da Suprema Corte estadual seria a indevida importância dada por aquele tribunal à necessidade de prova de dano à criança para a concessão do direito de visitas a terceiros; para ele, tal conclusão não encontrava qualquer fundamento na jurisprudência da *Supreme Court of the United States*. Stevens aduziu que, embora a SCOTUS tenha reconhecido a liberdade fundamental de exercício da autoridade parental, tal direito jamais foi considerado absoluto, sem quaisquer limites, a ponto de proteger apenas em caso de dano a criança contra arbitrariedades praticadas por seus genitores. Para o *Justice* Stevens, as leis que interferem no exercício da autoridade parental não envolvem apenas uma disputa entre duas esferas de interesses, quais sejam, os pais e o Estado; há também um terceiro indivíduo, o menor de idade, cujos interesses devem ser levados em consideração (TROXEL, 2000, p.85-86). Nesse sentido, ele argumentou que os direitos constitucionais dos genitores são limitados pelos interesses da prole, em especial a preservação de relacionamentos que sirvam ao seu bem estar e proteção (TROXEL, 2000, p.88). O *Justice* Stevens inferiu que, reconhecendo a tutela constitucional às crianças, a Suprema Corte dos Estados Unidos deveria rejeitar qualquer sugestão de que, em se tratando de direitos parentais, os filhos são apenas como gado<sup>6</sup> (TROXEL, 2000, p.89). Por esse motivo, a proteção dos pais contra a interferência estatal arbitrária no exercício da autoridade parental não significa impedir o poder público de proteger as crianças contra um exercício arbitrário da autoridade parental que não seja efetivamente motivado pelo interesse no bem-estar infantil. O *Justice* Stevens reconheceu que, dos precedentes da SCOTUS, decorre uma forte presunção de que os genitores agem no melhor interesse da prole; todavia, argumentou que pode haver circunstâncias nas quais a criança tenha um interesse ainda mais intenso – para além de proteção contra danos – na manutenção de visitas de uma terceira pessoa. Nesse sentido, ele notou que a quase infinita variedade de relações familiares é um fator que desaconselhava a Corte a criar uma regra constitucional que possibilite o exercício arbitrário da autoridade parental (TROXEL, 2000, p.89-90). Desse modo, o *Justice* John Paul Stevens concluiu afirmando ser evidente que a *Due Process Clause* da Décima Quarta Emenda dava margem para que os estados considerem os impactos nas crianças da possível arbitrária tomada de decisão por seus pais, razão pela qual ele discordava do entendimento dos colegas (TROXEL, 2000, p.91).

<sup>6</sup> “(...) that children are, generally speaking, constitutionally protected actors require that this Court reject any suggestion that when it comes to parental rights, children are so much chattel.”





O *Justice Antonin Scalia* apresentou uma argumentação em sentido completamente oposto aos dos demais magistrados da *Supreme Court of the United States*. Começou afirmando que acreditava na existência de um direito do genitor a direcionar a criação dos próprios filhos; entretanto, que tal direito, não previsto no texto da Constituição estadunidense, deveria ser suscitado durante o processo legislativo ou durante campanhas eleitorais. Segundo o *Justice Scalia*, os poderes enquanto juiz, que lhe eram constitucionalmente conferidos, não envolviam de modo algum a autoridade para afastar os efeitos jurídicos de leis que, na opinião dele, infringiam algo que, na opinião dele, era um direito fundamental não enumerado no texto constitucional (TROXEL, 2000, p.91-92). Para o *Justice Scalia*, o simples fato de terem sido apresentadas por ele e pelos demais colegas tantas posições e fundamentações, tão distintas umas das outras, demonstra que os precedentes suscitados para sustentar uma liberdade fundamental ao exercício da autoridade parental gozam de pouca proteção do princípio da *stare decisis*. Segundo ele, afinal, precedentes que produzem resultados tão diversos em um caso relativamente simples, como o ora analisado, não podem ser considerados precedentes nos quais alguém pode substancialmente confiar. O *Justice Scalia* afirmou que não opinaria ali pela reversão de tais precedentes, já que isso não fora suscitado no caso; todavia, também não aplicaria a teoria neles consubstanciada na resolução de *Troxel* (TROXEL, 2000, p.92).

O *Justice Scalia* concluiu que a *Supreme Court of the United States* encontrar judicialmente uma noção de “direitos parentais” em uma Constituição que sequer os menciona iria requerer não apenas uma definição judicialmente criada de genitores, mas também valorações judiciais de “danos à criança” e de quais outras pessoas poderiam ter algum direito contrário à vontade dos pais. Para ele, isso significaria entrar um novo regime de Direito de Família criado tanto judicialmente quanto federalmente. *Scalia* aduziu que não via qualquer razão para acreditar que magistrados federais seriam mais adequados para lidar com questões familiaristas do que os seus pares estaduais. Do mesmo modo, compreendia que os legisladores estaduais estavam em posição mais vantajosa para tratar da matéria, considerando que atuavam em jurisdições mais restritas, podiam corrigir seus equívocos mais rapidamente e poderiam ser retirados dos seus postos em razão da vontade popular (TROXEL, 2000, p.92-93).

A última opinião no caso *Troxel v. Granville* foi apresentada pelo *Justice Anthony Kennedy*. Ele iniciou observando que a *Supreme Court of Washington* declarara a inconstitucionalidade em abstrato da legislação de visitas, em razão de uma suposta violação à





*Due Process Clause*, a partir de dois fundamentos: a desnecessidade de prova de dano para concessão das visitas; e a possibilidade de qualquer pessoa a qualquer tempo exigir a concessão de tal direito. Para o *Justice Kennedy*, a primeira fundamentação é ampla demais para estar correta; nesse sentido, aduziu que a questão do dano à criança foi tão essencial à decisão da Suprema Corte estadual, além de equivocada, que deveria ser corrigida e, então, o caso devolvido para as instâncias inferiores deliberarem novamente (TROXEL, 2000, p.94-95).

O *Justice Kennedy* reconheceu que a jurisprudência da SCOTUS identificara a liberdade de o genitor determinar, sem indevida interferência estatal, o melhor modo de criar e educar os seus filhos. Para ele, a Suprema Corte de Washington buscara preencher o conteúdo do referido direito fundamental estabelecendo uma regra categórica de que terceiras pessoas sempre deviam demonstrar que a negativa de visitas seria prejudicial à criança, não sendo a mera alegação de melhor interesse suficiente para afastar uma decisão parental. Kennedy ressaltou que o Direito de Família distingue, de um lado, o *standard* dos melhores interesses e, do outro lado, o do dano à criança, tendo este último uma exigência probatória mais significativa. Ele observou, contudo, que o *substantive due process* referente à autoridade parental não estabelece de forma clara ou definitiva qual dos dois *standards* devem ser adotados para proteger os direitos dos genitores (TROXEL, 2000, p.95-96).

Embora admitindo que, antes das legislações estaduais serem adotadas, terceiros não tinham qualquer direito de visitas a uma criança, o *Justice Kennedy* apontou que seria inadequado concluir, como a *Supreme Court of Washington* fizera, que um pai tem o direito constitucional de proibir visitas sempre que a situação não envolva dano ao menor de idade. Desse modo, ele depreendeu que a Suprema Corte estadual, ao exigir a alegação de dano em disputas sobre visitas, em vez de simplesmente aceitar a discussão sobre os melhores interesses da criança, partira de premissas que não eram exigidas pela Constituição federal estadunidense (TROXEL, 2000, p.97-98). Para o *Justice Kennedy*, em vários casos seria possível, a partir do *standard* dos melhores interesses, identificar pessoas que, em razão de relações pré-existentes, mantinham um forte vínculo com as crianças; ademais, segundo ele, tal critério de decisão já vinha sendo há muitos anos reconhecido como uma ferramenta básica do Direito de Família. Apesar disso, ele reconheceu que o referido *standard* poderia, de fato, ser alvo de críticas em razão de sua indeterminação e dos resultados imprevisíveis, sendo muitas vezes insuficiente para proteger adequadamente a relação entre pais e filhos contra interferências provocadas por terceiros. Por essa razão, o *Justice Anthony Kennedy* afirmou





que a constitucionalidade da aplicação do critério dos melhores interesses da criança dependeria sempre de fatores específicos ligados a casos concretos, e que as Varas de Família em cada estado seriam os locais mais adequados para considerar cada uma das imprevisíveis e inevitáveis peculiaridades de cada disputa (TROXEL, 2000, p.100-101).

Por todas as razões levantadas, o *Justice Kennedy* considerou que seria suficiente, em *Troxel*, anular a decisão da *Supreme Court of Washington* que considerava abstratamente inconstitucional o uso do critério dos melhores interesses da criança em casos sobre visitas de terceiros. Desse modo, ele defendeu que o caso retornasse às instâncias inferiores para prosseguimento do feito a partir da correção interpretativa feita pela SCOTUS (TROXEL, 2000, p.101-102).

## 6 REFLEXÕES SOBRE *TROXEL V. GRANVILLE* E ALGUNS DESDOBRAMENTOS

Inicialmente, é necessário chamar atenção para uma peculiaridade de *Troxel v. Granville*. Como se demonstrou, não houve a formação de uma opinião majoritária: embora 06 *Justices* tenham votado pelo mesmo resultado, não houve aderência de pelo menos 05 deles a uma única fundamentação. Como se observou, ao todo houve 05 opiniões distintas: 01 opinião subscrita por 04 *Justices*, 02 opiniões distintas concordando com o resultado com fundamentos significativamente distintos e 03 opiniões dissidentes. Em casos assim, torna-se muito difícil identificar com clareza qual o exato precedente formado, a sua extensão e a sua força.

Diante do referido cenário, John DeWitt Gregory (2006, p.135-136) afirmou ser uma surpresa a Suprema Corte dos Estados Unidos sequer ter aceitado analisar o caso, uma vez que a variedade de opiniões tão conflitantes contribuiria mais para causar confusão sobre a matéria do que para pacificar o entendimento constitucional a este respeito. Christina M. Alderfer (2001, p.1001) aponta que a SCOTUS errou ao aceitar revisar *Troxel*, na medida em que a lei questionada se tratava de uma norma extremamente *open ended*, praticamente sem limites de legitimidade e de circunstâncias especiais, portanto, pouco representativa dos *nonparental visitation statutes*. Para Alessia Bell (2001, p.227), a divisão entre os membros da Corte refletiu as compreensões conflitantes, dentro da sociedade estadunidense, a respeito da definição e limites da autoridade parental. Lauren Worssek (2009, p.608-609) identificou que uma das diversas possíveis explicações para a posição ambígua e de meio-termo da *Supreme Court* seria a intensa controvérsia entre defensores dos direitos parentais, dos





direitos dos avós, dos direitos das crianças e dos direitos de terceiros que atuam como se genitores fossem; a autora sugeriu que houve influências das referidas disputas sociais tanto nas posições dos *Justices* quanto na opção de restringir o julgamento aos fatos específicos do caso, em concreto, e não em relação aos *third-party visitation statutes* em abstrato.

Robert Sedler (2002, p.36) observou que, embora não tenha havido a maioria dos magistrados subscrevendo uma única opinião, é possível identificar um precedente claramente estabelecido em *Troxel*: com exceção de Scalia, todos os *Justices* concordaram expressamente tanto que existe um direito fundamental ao exercício da autoridade parental quanto que as leis autorizando visitas de terceiros à criança interferem no referido direito. Por outro lado, não se analisou se as determinações judiciais a respeito das referidas visitas seriam inconstitucionais em qualquer hipótese, em violação à Décima Quarta Emenda, devendo cada caso ser analisado com base em suas próprias circunstâncias.

Conquanto tenha tido apenas a aderência de 04 magistrados, à opinião da *Justice O'Connor* é dada a força de precedente, tanto para casos futuros da própria *Supreme Court of the United States* quanto para que instâncias inferiores analisem a constitucionalidade de *third-party visitation statutes*. Isso porque a própria Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso *Marks v. United States*, definira que, quando se decide um caso de forma fragmentada e não há fundamentação adotada pela maioria da Corte, a força de precedente vai para a opinião cujas razões são mais restritas (NEWMAN, 2004, p.495). Assim, enquanto as razões apontadas pelos *Justices* Souter e Thomas levariam à inconstitucionalidade em abstrato da lei – mais amplas, portanto –, os fundamentos usados pela *Justice O'Connor* foram mais específicos e levaram à inconstitucionalidade da norma aplicada especificamente a Tommie Granville. Daí vem a sua força, e não do simples fato de mais membros da Corte terem aderido a ela do que às demais.

O fator decisivo para imputar força de precedente à opinião da *Justice O'Connor* é, por outro lado, motivo de grande crítica doutrinária a respeito das consequências de *Troxel* para o Direito de Família estadunidense. A decisão da *Supreme Court of the United States* tem sido considerada restrita demais, tendo deixado abertas muitas questões sobre os exatos limites constitucionais aos *nonparental visitation statutes*. Ressalte-se que foi feita por *O'Connor* uma opção tímida, declarando a inconstitucionalidade da norma para o caso concreto e evitando enfrentar a análise em abstrato da compatibilidade da lei como um todo à Constituição federal estadunidense. Desse modo, o referido precedente tem sido pouco útil para guiar os legisladores estaduais na reformulação das referidas leis, bem como para as





cortes estaduais analisarem a constitucionalidade das respectivas normas – o que, ao fim, tem gerado insegurança para as famílias dos interessados e seus respectivos advogados. Margaret Byrne (2001, p.243) resumiu bem: a Corte não conseguiu traçar uma regra suficientemente clara para determinar se e quando terceiras pessoas podem requerer ao Judiciário visitas a uma criança.

Michael Varela (2004, p.605) apontou diversas questões que *Troxel* falhou em responder. Em primeiro lugar, a *US Supreme Court* sequer entrou no mérito da questão principal suscitada pela *Washington Supreme Court*, qual seja, se a *Due Process Clause* da Constituição estadunidense requeria que *nonparental visitation statutes* exigissem, como critério para determinação de visitas em favor de terceiros, que se demonstrasse dano concreto ou potencial à criança. Em segundo lugar, ao meramente tratar de um “peso especial” à decisão do genitor (expressão utilizada na opinião da *Justice O’Connor*), a SCOTUS não estabeleceu qual o ideal *standard* para analisar se a legislação inconstitucionalmente violava ou não o direito fundamental ao exercício da autoridade parental. Não se estabeleceu com clareza em que situações o Judiciário pode se sobrepor às decisões de um pai a respeito da criação e educação dos seus filhos; não se definiu a carga probatória que um terceiro deve suficientemente produzir para que um tribunal possa lhe conceder visitas à criança. Por fim, o referido autor observou que, na medida em que a inconstitucionalidade da lei de Washington foi declarada em concreto, conforme aplicada especificamente a Tommie Granville, a Corte passou às instâncias inferiores uma mensagem de que estas deveriam proceder com cautela na análise da constitucionalidade em abstrato dos *nonparental visitation statutes*.

Em sentido semelhante, Stephen A. Newman (2004, p.490) apontou diversas questões que permanecem em aberto após *Troxel*, em especial a respeito dos critérios a respeito das pessoas a quem a lei deve dar legitimidade (*standing*) para requerer visitas, bem como qual o *standard* a ser adotado pelos tribunais para verificar a constitucionalidade da interferência em uma decisão tomada pelos genitores a respeito de visitas de terceiros à criança. O mencionado autor também identificou que a decisão da Suprema Corte não trouxe qualquer parâmetro para definir o quão substancial deve ser o “peso especial” que deve ser dado pelo magistrado às decisões parentais.

De fato, tantas foram as questões deixadas em aberto em *Troxel*, que o precedente tem gerado decisões inconsistentes a respeito da matéria nos Judiciários estaduais daquele país. John DeWitt Gregory (2006, p.144-145) identificou que as Supremas Cortes do Arkansas e de Connecticut declararam os respectivos *nonparental visitation statutes* inconstitucionais





conforme aplicados a casos concretos; enquanto isso, as Supremas Cortes de Illinois, Iowa e Michigan encontraram inconstitucionalidades em abstrato nas respectivas normas estaduais sobre a questão, ou ao menos em trechos delas. Por outro lado, o referido autor também notou que os mais altos tribunais de South Dakota, de Vermont, do Maine e do Missouri consideraram que as suas respectivas leis de visitas eram perfeitamente compatíveis com a Constituição federal estadunidense. John DeWitt Gregory (2006, p.147) concluiu que, ao mesmo tempo em que as polêmicas suscitadas por *Troxel* tenham gerado grande controvérsia acadêmica, o mencionado precedente tem tido pouco valor para predizer se as leis estaduais sobre visitas serão consideradas constitucionais no *judicial review*.

Com todas as dificuldades acima mencionadas, ainda assim é possível identificar em *Troxel* alguns parâmetros a orientar quando e se os tribunais devem interferir em decisões tomadas pelos pais a respeito de visitas de terceiros, avós ou não, aos seus filhos. Como apontou Solangel Maldonado (2003, p.880), *Troxel* orienta especificamente as cortes a respeito da aplicação de presunções e ônus probatórios. O juiz não deve presumir que as visitas são favoráveis à criança; ele também não pode conferir ao genitor o ônus de provar que a visita não seria no melhor interesse do filho. Conforme se lê da decisão, algum grau elevado de deferência à decisão parental é inerente ao exercício das discutidas liberdades constitucionais. Na prática, essa deferência tem sido dada com a aplicação da presunção relativa de que as determinações dos genitores são nos melhores interesses da sua prole (MALDONADO, 2003, p.884).

Oliver G. Hahn (2001, p.219-221) identificou que a Suprema Corte determinou que, se um genitor adequadamente atende às necessidades da sua prole, o poder público não deve se intrometer na privacidade da vida familiar duvidando da competência dos pais para determinar o melhor meio de criar seus filhos. Nesse sentido, para o mencionado autor, o Estado não pode violar a liberdade fundamental ao exercício da autoridade parental somente por achar que ele, Estado, pode tomar decisões melhores do que aquelas feitas pelos genitores. John M. Lewis (2001, p.256-258) apontou os três critérios que a *US Supreme Court* considerou relevantes para a referida análise em cada caso concreto. Primeiramente, é necessário verificar se houve alegação de que o genitor não está exercendo adequadamente, de modo geral, a sua autoridade parental; é nesse contexto que se aplica a presunção de que *fit parents* atuam no melhor interesse dos seus filhos. O segundo fator relevante é o “peso especial” a ser dado à determinação do genitor, que decorre justamente da referida presunção. Em terceiro lugar, é necessário verificar se o pai ou a mãe negaram completamente o contato





do terceiro com os seus filhos, ou se a discordância apenas se refere à quantidade e qualidade das visitas.

Em relação ao último fator supramencionado, é interessante a visão de Robert Sedler (2002, p.37), segundo a qual de *Troxel* decorre que, se o genitor está disposto a conceder algum grau de visitação, isso já deve ser considerado suficiente para manter a relação com o terceiro interessado. Nesses casos, não compete ao magistrado decidir a natureza, a quantidade e outras questões relativas a tais visitas; a Constituição estadunidense não permite que o Judiciário substitua as decisões dos pais a este respeito. Por outro lado, se o genitor tiver negado completamente visitas ao terceiro, a corte deve em primeiro lugar analisar se havia uma relação entre este e a criança. Se não havia, o Judiciário nada pode fazer, na medida em que decorre da autoridade parental a decisão se é do melhor interesse do filho ou não o estabelecimento de uma relação com outras pessoas, ainda que se trate de avós; a Constituição não permite que o juiz se sobreponha ao entendimento dos pais a este respeito. Diferentemente, se já havia uma relação substancial do terceiro com a criança, nestes casos talvez a ordem de visitas seja constitucional; entretanto, o magistrado deve conferir um “peso especial” à decisão parental. Nesse sentido, cabe aos terceiros a prova de que os genitores não estão agindo no melhor interesse do filho, e sim arbitrariamente. Somente se essa circunstância ficar claramente demonstrada é que será constitucionalmente permissível a interferência judicial no exercício da autoridade parental. Ainda assim, a ordem judicial deve ser o mais cautelosa possível, sempre buscando interferir minimamente na autoridade dos pais em relação à criança.

Stephen A. Newman (2004, p.490) sugeriu que os juízes devem ser significativamente deferentes em relação às escolhas parentais a respeito de visitas de terceiras pessoas aos seus filhos, exceto em casos extraordinários nos quais se demonstre que o contato com tais pessoas, em especial os avós, está convincentemente claro. O mencionado autor (2004, p.518) ressaltou que o “peso especial” significa uma presunção de que pais agem no melhor interesse dos filhos, sendo tal presunção profundamente enraizada na tradição jurídica estadunidense. Por outro lado, Newman (2004, p.525-526) aduziu que a decisão do juiz de conceder visitas contrariando tal presunção pode ser influenciada por suas crenças subjetivas em favor dos avós, ainda que não expressas; e que tal julgamento subjetivo é facilitado pela vagueza da ideia de “melhores interesses”. Apesar disso, tal subjetividade do magistrado não é suficiente para declarar que está errada uma decisão parental a respeito do contato do filho com terceiras pessoas, exceto em um limitado número de casos em que a necessidade de proteção à criança





é muito clara. Para o referido doutrinador (NEWMAN, 2004, p.490), em todos os outros casos, o Judiciário deve evitar intervenções coercitivas que podem causar sério dano à família nuclear, por invadir a sua privacidade, prejudicar a relação entre pais e filhos, enfraquecer a autoridade parental, criar estresse na unidade familiar e comprometer recursos financeiros da família.

Para além de orientar as decisões judiciais, também é possível identificar em *Troxel* (bem como as questões deixadas em aberto pela decisão) alguns critérios para que os Legislativos estaduais daquele país construam ou reformem seus *grandparent visitation statutes*. Como observado por Sara Elizabeth Culley (2015, p.248), a SCOTUS identificou diversos fatores que levaram à inconstitucionalidade da aplicação da lei a Tommie Granville, e tais fatores devem ser utilizados na elaboração das referidas legislações. O primeiro critério apontado pela referida autora é a legitimidade de quem pode peticionar por visitas, que deveria ser restrita, na medida em que a Corte criticara a assombrosa amplitude da lei de Washington nesse sentido. Em segundo lugar, para Culley, a lei deve estabelecer *standards* mais objetivos e evidentes para a concessão das visitas do que simplesmente o critério semanticamente vago dos “melhores interesses da criança”, que permite um subjetivismo excessivo do magistrado em detrimento das decisões parentais.

Nesse sentido, um interessante ponto suscitado em *Troxel* e pouco refletido pela literatura brasileira é a crítica, por diversos motivos, à noção dos “melhores interesses da criança e do adolescente”. No Direito de Família estadunidense, esse *standard* valorativo não tem natureza constitucional, sendo derivado da lei e especialmente das decisões judiciais em questões de guarda (HAHN, 2001, p.217). Ainda na década de 1970, Robert H. Mnookin (1975, p.289) inferiu que em disputas de guarda seria mais justo tomar uma decisão no “cara ou coroa” do que utilizando tal parâmetro, que era embasado meramente em intuições, valores subentendidos e tentativas de previsões do que efetivamente seria melhor para o filho. Como aponta Ronald M. McMahan Jr. (2001, p.770), o *standard* dos melhores interesses impõe muito poucos limites à pura discricionariedade judicial, o que faz o magistrado poder determinar quase livremente o que ele acredita ser melhor para a criança.

De acordo com Shelley A. Riggs (2003, p.47), o conceito jurídico dos “melhores interesses” tem sido criticado por sua vagueza, que pode levar a decisões judiciais enviesadas com base em perspectivas morais, religiosas, culturais, étnicas ou sexistas por parte dos magistrados. A mencionada psicóloga também aponta que os juízes comumente não recebem treinamento suficiente nem têm a qualificação adequada para avaliar as evidências científicas





e os resultados de avaliações psicológicas para definir o que é o melhor interesse de uma criança no contexto de uma disputa familiar levada ao Judiciário. Alessia Bell (2001, p.254) complementa que o *standard* dos melhores interesses muitas vezes leva a uma decisão, ainda que tomada de boa-fé, assemelhada a um palpite embasado na experiência e preferência pessoal do magistrado. No mesmo sentido, para Natania M. Soto (2001, p.427), a expressão “melhor interesse da criança” é ambígua, levando a diferentes significados para diferentes pessoas, e o seu conteúdo na prática se trata apenas de uma decisão subjetiva, portanto a questão é saber quem é a pessoa qualificada para fazer tal julgamento; tradicionalmente e juridicamente, o direito de fazer tal determinação compete aos genitores. Para a referida autora, quando o magistrado usa esse *standard* para determinar com quem os filhos devem estabelecer ou manter relacionamentos, ele está indevidamente impondo àquela família suas próprias opiniões.

Se há críticas à excessiva subjetividade do critério dos melhores interesses, também deve ser enfrentada a problemática da forte deferência sugerida em *Troxel* às decisões tomadas pelos genitores (biológicos). Melba J. T. Vasquez (2003, p.54-55) apontou que a decisão da *Supreme Court of the United States* aparentemente se baseou em um modelo de família limitado e eurocêntrico, tendo deixado de considerar a importância da família estendida em diversos grupos culturais, em especial os de origem latina, indígena, asiática ou africana – todos nos quais as famílias são elementos significativos de identidade, de responsabilidade, de apoio e de cuidado. Segundo Vasquez (2003, p.57-58), quando decisões legislativas ou judiciais estabelecem políticas contrárias aos estilos de vida e valores de minorias étnicas, mensagens negativas são transmitidas a respeito de tais minorias; para ela, isso foi justamente o que ocorreu em *Troxel*. Na opinião da referida psicóloga, os valores do multiculturalismo, da diversidade e das famílias não tradicionais devem ser consideradas no momento de se determinar o melhor interesse da criança, em especial a necessidade de manter contato com os membros da família estendida. Similarmente, Daniel W. Shuman (2003, p.68) inferiu que *Troxel* parece ter sido decidido com base em uma família que já não existia para muitos na sociedade estadunidense de então, na medida em que a análise constitucional feita por todos os *Justices* se embasara em um modelo tradicional de família. Solangel Maldonado (2003, p.869) identificou que, na prática, após *Troxel*, os Judiciários estaduais passaram a adotar a referida visão culturalmente enviesada de família, em prejuízo das realidades sociais, especialmente em comunidades de origem africana ou latina.





Em sentido semelhante ao acima descrito, Shelley A. Riggs (2003, p.40) observou que a Suprema Corte dos Estados Unidos reafirmou em *Troxel* o tradicional entendimento de que os direitos dos genitores biológicos se sobrepõem aos interesses dos filhos na manutenção de vínculos com outras figuras importantes em suas vidas. Segundo a mencionada psicóloga, ao fazê-lo, a Corte foi na contramão de toda a literatura científica que já reconhecia a importância dos múltiplos vínculos afetivos, biológicos ou não, para as crianças. De acordo com a referida autora, a decisão em *Troxel*, de um lado, essencialmente ignorou os direitos das crianças de terem os seus melhores interesses protegidos e, de outro lado, abriu o caminho para outras decisões que romperiam relacionamentos benéficos para os menores, consequentemente dificultando o seu desenvolvimento saudável.

Shelley A. Riggs (2003, p.44-46) notou que a SCOTUS continuou a idealizar a família como o tradicional modelo nuclear intacto, ignorando que tal estrutura naquele momento histórico já era somente mais um entre os vários presentes na sociedade estadunidense. Dessa percepção, ela elencou 04 graves problemas na decisão em *Troxel*. Primeiramente, a presunção de que os genitores atuam nos melhores interesses dos filhos pode se aplicar à maioria dos casos, mas indevidamente favorece aqueles que não o fazem. Em segundo lugar, ao colocar os vínculos com os pais (biológicos) como os mais importantes na vida da criança, a Corte indevidamente usou a biologia como o critério orientador padrão para questões de guarda e visitas, desrespeitando outros vínculos que podem ainda ser mais importantes na prática, como o afeto e o cuidado. Em terceiro lugar, Riggs aponta que a *US Supreme Court* ignorou o crescente reconhecimento das contribuições diretas e indiretas dos avós no desenvolvimento e na saúde mental dos netos. Por último, ao dar primazia à liberdade fundamental ao exercício da autoridade parental, a Corte basicamente indicou que os genitores têm direitos constitucionais, enquanto os interesses das crianças, se houver, são subordinados às prerrogativas dos seus pais.

Lauren Worssek (2009, p.594) criticou a visão binária de parentalidade no Direito de Família estadunidense, consagrado em *Troxel*, no qual uma pessoa apenas pode, de um lado, ser reconhecida como genitor, tendo todos os direitos e responsabilidades daí decorrentes, ou, de outro lado, ser um completo estranho à luz do Direito, sem qualquer direito ou responsabilidade em relação à criança; para ela, esse modelo ignora o papel funcional de pessoas provedoras de afeto e cuidado. Worssek (2009, p.606-607) notou que, após a decisão da SCOTUS, os tribunais estaduais não tiveram uniformidade na aplicação dos seus *nonparental visitation statutes*, contudo muitos deles passaram a adotar cautela excessiva ao





julgar tais demandas, muitas vezes exigindo que terceiros demonstrassem que haveria dano à criança caso as visitas não fossem deferidas; tal interpretação acabou impondo um ônus excessivo, potencialmente rompendo vínculos afetivos e de cuidado simplesmente por vontade dos pais, por mais irracionais que suas decisões sejam. A autora depreendeu que essa abordagem, além de invisibilizar juridicamente os filhos ao fazer seus interesses serem absorvidos pelos dos genitores, também passou a dar pouco ou nenhum recurso jurídico aos membros de famílias não tradicionais quando os pais decidem cortar o contato deles com as crianças.

É de se notar, contudo, conforme observado por Margaret Byrne (2001, p.248-249), que, embora em *Troxel* não se tenha traçado uma regra clara a respeito da constitucionalidade dos *third-party visitation statutes*, a SCOTUS não identificou que eles eram necessariamente inconstitucionais nem que as visitas deveriam ser limitadas exclusivamente aos avós. Para a referida autora, a abordagem adotada na decisão abre espaço para a confirmação da constitucionalidade de leis que permitam que diversas outras pessoas requeiram visitação, como parceiros homoafetivos, pessoas que foram padrastos ou madrastas, terceiros que tenham cuidado da criança, membros da família estendida entre outros. No mesmo sentido, Alessia Bell (2001, p.228) apontou que acadêmicos e militantes favoráveis aos direitos da popula o LGBT tiveram rea o positiva a *Troxel* em razão do reconhecimento ali feito de que havia diversidade nas entidades familiares; do mesmo modo, defensores dos direitos das crianças e adolescentes ficaram satisfeitos em ver consignado expressamente o reconhecimento de que há interesses infantis que devem ser protegidos em disputas intrafamiliares. Para Bell (2001, p.243), se a SCOTUS tivesse aplicado o escrutínio estrito sugerido pelo *Justice Thomas*, haveria uma deferência extrema   autonomia dos genitores, em prejuízo à diversidade de famílias.

Por outro lado, Joan Catherine Bohl (2006, p.143-144) observou que os *Justices* em *Troxel* se mostraram críticos dos efeitos negativos decorrentes dos litígios em torno de visitas, especialmente em razão dos custos financeiros e ônus emocionais para as famílias. Por isso, a mencionada autora inferiu que a Suprema Corte desencorajara a expansão dos direitos de visitas, tanto pelas legisla es quanto pelas cortes estaduais.

Michael E. Ratner (2001, p.458-459) notou que os fatos de *Troxel* demonstravam que o sistema vigente de litígio em torno das referidas visitas acabava criando ônus econ micos, psicológicos e emocionais para todos os envolvidos, em especial para as crianças. Com base na literatura da Psicologia, o referido autor considerou que os impactos de a es judiciais em





um menor de idade poderiam ser extremamente negativos, em termos de ansiedade, insegurança e instabilidade, em especial pela interferência de equipes jurídicas e psicológicas no ambiente infantil. Do mesmo modo, o contexto adversarial de uma sala de audiência sempre se revelou um ambiente ruim para a resolução de questões familiares. Ademais, segundo Ratner, quando o tribunal intervém e determina uma visitação que os genitores guardiães não desejam, o resultado indireto pode ser ainda mais animosidade entre estes e os terceiros que querem acesso à criança, o que acaba inserindo esta em uma situação de hostilidade e conflito. Para o mencionado autor, a solução para esse tipo de questão deve necessariamente ser a mediação, não o litígio. Trata-se de uma sugestão menos radical do que a suscitada por David A. Martindale (2003, p.88-89), para quem as consequências emocionais – em especial para as crianças – e custos financeiros de tais disputas simplesmente não compensam o benefício obtido com as visitas feitas por terceiros; assim, para ele, tais questões nem deveriam ser passíveis de judicialização. Segundo o referido autor, ainda que haja consequências negativas com o rompimento do vínculo entre a criança e membros da sua família estendida, a intervenção judicial apenas aumenta a exposição daquela à desarmonia, à raiva e ao ressentimento dos demais envolvidos, o que acaba provocando mais prejuízos do que benefícios.

Um ponto adicional a ser destacado sobre *Troxel* é que a decisão focou na proteção de Tommie Granville contra interferência do poder público na sua liberdade de exercício da autoridade parental – que, no caso concreto, prevalecia contra o direito conferido por lei aos avós de visitarem as netas. Entretanto, é de se notar que os direitos e interesses de Isabelle e Natalie foram amplamente ignorados. O pedido original de visitas foi feito por Jenifer e Gary Troxel, não por elas; o direito deles, não o delas, foi defendido e sustentado pelos advogados do casal em todas as instâncias. Quase todos os *Justices* da Suprema Corte dos Estados Unidos, com exceção de John Paul Stevens, não se preocuparam em saber se as netas queriam ou não visitar os avós nem as consequências da decisão judicial de conceder ou de negar visitas. Christina M. Alderfer (2001, p.1002) sublinhou que a *Due Process Clause* protegia todas as pessoas, inclusive crianças; consequentemente, a SCOTUS deveria ter observado que as crianças e adolescentes tinham direitos constitucionais, entre eles o de manter relações formadas com terceiros, em especial quando isso se dá em seus melhores interesses.





Em 2018, a *Uniform Law Commission*<sup>7</sup> (ULC) propôs o *Uniform Nonparent Custody and Visitation Act* (UNCVA), um projeto de marco jurídico uniforme, a ser adotado voluntariamente pelas diferentes jurisdições estaduais daquele país, para resolver conflitos a respeito do acesso de terceiros a crianças e adolescentes. De acordo com Jeff Atkinson e Barbara Atwood (2018, p.03), o UNCVA busca equilibrar, dentro dos limites constitucionais, os interesses das crianças, genitores e terceiros com quem as crianças tenham uma relação próxima. Os trabalhos de elaboração do projeto se iniciaram em 2015. Naquela época, os terceiros, não genitores, se encontravam em um limbo: embora tivessem uma relação de afeto e cuidado com a criança, eventualmente sendo de importância fundamental para a vida desta, sua falta de *status* parental lhes tornava irrelevante juridicamente. Buscando resolver essa situação, legisladores e tribunais estaduais adotavam abordagens distintas e contrastantes sobre a matéria, com uma significativa falta de uniformidade decorrente do nebuloso precedente firmado em *Troxel*, em especial com relação à legitimidade para requerer visitas e o ônus probatório para que o deferimento delas. A ULC compreendeu que tal cenário precisava de uma legislação que sistematizasse, de forma coerente e consistente, os parâmetros constitucionais para resolver tais questões (ATKINSON; ATWOOD, 2018, p.05-13). Entre as principais inovações do UNCVA, está o estabelecimento de duas categorias de *nonparents*: pessoas que tenham consistentemente cuidado da criança; e sujeitos que tenha desenvolvido alguma relação substancial com ela. Em ambos os casos, será necessário apresentar evidências claras e convincentes de tais condições; e em qualquer hipótese se aplica a presunção relativa de que as decisões parentais são no melhor interesse dos filhos (ATKINSON; ATWOOD, 2018, p.17-18). De todo modo, as propostas de uniformização legislativa da ULC são de adoção facultativa pelas jurisdições estaduais. Até o presente, apenas North Dakota o adotou, em 2019.

Por fim, o último ponto a ser suscitado na presente investigação é a relevância, para o jurista brasileiro, de conhecer os fatos e as questões jurídicas tratadas em *Troxel*. Uma análise perfunctória levaria à equivocada conclusão de que há reduzida utilidade para o direito pátrio, considerando as diferenças substanciais entre o sistema nacional e o estadunidense. Ocorre que a própria percepção das referidas diferenças é, em si, uma contribuição válida. De acordo

<sup>7</sup> Nos Estados Unidos, a *Uniform Law Commission* é uma comissão suprapartidária de juristas (advogados, professores de Direito, legisladores etc.) indicados por autoridades estaduais e distritais para formular projetos e propostas de legislação em áreas consideradas críticas, nas quais a uniformidade é desejável, estimulando assim a adoção de leis uniformes ou semelhantes pelos diferentes Legislativos estaduais. Para maiores informações: <https://www.uniformlaws.org/aboutulc/overview>.





com Gerhard Danneman (2018, p.405-406), para além dos seus objetivos práticos, o Direito Comparado também se preocupa com aquisição de conhecimento e aumento da compreensão – tanto em relação ao sistema do próprio comparatista quanto àquele com o qual se está comparando. O conhecimento e a compreensão adquiridos no processo comparativo podem ser usados, entre outras finalidades, para formular sugestões a respeito do que um sistema pode aprender com o outro; ou, por outro lado, para reforçar a preferência do comparatista pelas soluções adotadas pelo próprio sistema, quando aquelas do sistema alienígena não seriam adequadamente importadas (DANNEMAN, 2018, p.417).

As diferenças, de fato, chamam a atenção. No Brasil, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente é fundado constitucionalmente<sup>8</sup> e infraconstitucionalmente, além de vir sendo reiteradamente utilizado pelo STF e pelo STJ para, a depender das excepcionalidades dos casos concretos, afastar previsões legais genéricas expressas – como, ilustrativamente, a proibição de adoção de netos por avós. Com base no mesmo princípio constitucional, editou-se o *grandparent visitation statute* brasileiro, a lei 12.398/2011, que confere a qualquer dos avós o direito de visita, a critério do juiz e observados os interesses da criança ou do adolescente. Em sede doutrinária, o Enunciado 333 da Jornada de Direito Civil também já previa a ampliação de tal direito a outras pessoas com quem a criança ou adolescente mantivesse vínculo afetivo; recentemente, ele foi substituído pelo Enunciado 672, que passou a utilizar a expressão “convívio familiar” em vez de visitas. Por outro lado, como visto na seção 02, no sistema estadunidense, é à autoridade parental, e não ao *best interest of the child*, atribuída a proteção constitucional; no mesmo sentido, os Estados Unidos trata-se do único país do mundo a não ratificar a Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança, de 1989.

Por um lado, o estudo de *Troxel* revela uma inadequada ausência de qualquer protagonismo da criança e do adolescente no sistema estadunidense, o que reforça a opção brasileira – convencional, constitucional e infraconstitucional – a respeito da matéria. Por outro lado, pelo menos dois temas podem ser suscitados para futuros debates, de modo a aperfeiçoar as opções jurídico-políticas brasileiras. Em primeiro lugar, a vagueza semântica dos “melhores interesses”, que de fato abre as portas para a arbitrariedade judicial e decisões com base em puros subjetivismos do magistrado. No Brasil, discute-se muito pouco a aplicação, pelo Judiciário nacional, do Comentário Geral 14/2013 do Comité dos Direitos da

<sup>8</sup> Constituição Federal de 1988, Art. 227.





Criança da ONU – que busca, entre outros aspectos, evitar que a flexibilidade do referido princípio seja utilizada para manipulações. Associado a isso, em segundo lugar, uma inadequada ausência de ao menos mínima deferência – tanto legislativa quanto judicial – às decisões tomadas pelos titulares da autoridade parental. Afinal, quer-se mesmo um sistema no qual o legislador e o juiz sempre sabem mais do que os genitores, em quaisquer circunstâncias, aquilo que está no melhor interesse da prole? O Código Civil de 2002 continua prevendo, por exemplo, a absurda situação em que compete ao magistrado solucionar divergências entre os pais no exercício do poder familiar<sup>9</sup>. Além do mais, a supracitada lei 12.398/2011 pode tornar muito difícil – por razões probatórias – que um genitor que sofreu agressões na infância proteja a sua própria prole contra o avô agressor, ou uma genitora homossexual evite os comentários homofóbicos feitos pela avó à neta durante o período de convivência familiar. Se *Troxel* pode, de um lado, reforçar a opção brasileira pelo protagonismo da criança e do adolescente, também pode, por outro lado, relembrar que os genitores em regra desempenham um papel único da proteção e na promoção dos melhores interesses.

## 7 CONCLUSÃO

Neste artigo, observou-se que a *Supreme Court of the United States* vem, há décadas, reconhecendo a existência de um direito fundamental ao exercício da autoridade parental, em especial a liberdade de tomar decisões sobre o desenvolvimento e a criação dos próprios filhos. Também se notou que tal liberdade não é absoluta, podendo sofrer interferências do poder público em situações nas quais seja necessário proteger os interesses das crianças e dos adolescentes. Identificou-se que uma fonte significativa de tais interferências surgiu a partir da década de 1960, com a edição dos *grandparent visitation statutes*, dando aos avós direito de visitar seus netos, em algumas circunstâncias, mesmo que contra a vontade dos pais.

Descreveu-se a disputa entre Tommie Granville, mãe de Isabelle e Natalie, e os avós das crianças, Jenifer e Gary Troxel. Viu-se que, discordando da qualidade e quantidade das visitas às netas que a genitora delas estava disposta a consentir, os Troxels recorreram ao Judiciário do estado de Washington, com fundamento na lei local, que permitia que qualquer

<sup>9</sup> Código Civil de 2002, art. 1631, parágrafo único.





pessoa, a qualquer tempo, requeresse acesso a uma criança, apenas precisando demonstrar que as visitas seriam no melhor interesse desta.

Verificou-se que, após uma longa batalha judicial, *Troxel v. Granville* chegou à Suprema Corte dos Estados Unidos. Observou-se que a Corte ficou muito dividida a respeito do caso, não tendo sido possível a formação de uma maioria dos *Justices* entendendo pelo mesmo resultado pelas mesmas razões. Assim, notou-se que a força de precedente foi dada à opinião apresentada pela *Justice* O'Connor, favorável a Tommie Granville, à qual aderiram 03 outros magistrados. Outros 02 também, por fundamentos distintos, aderiram ao resultado.

Percebeu-se que a *Supreme Court of the United States* não julgou a constitucionalidade do *third-party visitation statute* de Washington em abstrato, mas aplicado concretamente aos fatos daquele caso. A *Justice* Sandra Day O'Connor identificou que a autoridade parental de Tommie Granville fora indevidamente violada, porque à sua determinação a respeito do que seria melhor para as próprias filhas não foi dada qualquer deferência ou peso especial pelo magistrado de primeiro grau; pelo contrário, este simplesmente impusera àquela família a sua própria visão do que estaria no melhor interesse de Isabelle e Natalie.

Com base na literatura estadunidense discutindo o caso, depreendeu-se que *Troxel* deixou muitas questões em aberto a respeito de se e quando terceiras pessoas podem ter acesso a uma criança mesmo contra a vontade dos pais desta. Observou-se que permanecem dúvidas sobre a legitimidade para pleitear visitas, as circunstâncias em que elas podem ser deferidas e o *standard* a ser utilizado na análise judicial desses casos. Em especial, notaram-se muitas críticas à excessiva subjetividade do critério dos “melhores interesses”, que praticamente torna sem limites a discricionariedade dos magistrados. Verificou-se também que tem havido inconsistência a este respeito, no âmbito estadual, tanto nas leis quanto nos judiciários.

## REFERÊNCIAS

ALDERFER, Christina M. *Troxel v. Granville: a missed opportunity to elucidate children's rights*. *Loyola University Chicago Law Journal*, vol. 32, n. 4, 2001.

ATKINSON, Jeff; ATWOOD, Barbara. Moving beyond Troxel: The Uniform Nonparent Custody and Visitation Act. *Family Law Quarterly*, vol. 52, n. 3, 2018.





BELL, Alessia. Public and private child: Troxel v. Granville and the constitutional rights of family members. *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review*, vol. 36, 2001.

BOHL, Joan Catherine. That “thorny issue” redux: California grandparent visitation law in the wake of Troxel v. Granville. *Golden Gate University Law Review*, vol. 36, n. 2, 2006.

BYRNE, Margaret. Troxel v. Granville 120 S. Ct. 2054 (2000). *Journal of Gender, Social Policy & the Law*, vol. 9, n. 1, 2001.

CULLEY, Sara Elizabeth. Troxel v. Granville and its effect on the future of grandparent visitation statutes: legislative reform. *Journal of Legislation*, vol. 27, n. 1, 2015.

DANNEMAN, Gerhard. Comparative law: study of similarities or differences? In: REINMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2018.

DOYLE, Randall E. Grandparent visitation legislation: the controversy didn’t begin or end with Troxel v. Granville. *Marquette Elder’s Advisor*, vol. 4, n. 2, 2002.

GREGORY, John DeWitt. The detritus of Troxel. *Family Law Quarterly*, vol. 40, 2006.

HAHN, Oliver G. Constitutional and Family Law – Grandparent visitation in the face of the Fourteenth Amendment Due Process Clause: Parental or grandparental rights? *University of Arkansas at Little Rock Law Review*, vol. 24, n. 1, 2001.

LEWIS, John M. Re-evaluating grandparental visitation in North Carolina in light of Troxel v. Granville. *Campbell Law Review*, vol. 23, n. 2, 2001.

MALDONADO, Solangel. When father (or mother) doesn’t know best: quasi-parents and parental deference after Troxel v. Granville. *Iowa Law Review*, vol. 88, 2003.

MARKS v. United States, 430 US 188 (1977).

MARTIN, Eric B. Grandma got run by the Supreme Court: suggestions for a constitutional nonparental visitation statute after Troxel v. Granville. *Washington Law Review*, vol. 76, n. 2, 2001.

MARTINDALE, David A. Troxel v. Granville: a nonjusticiable dispute. *Family Court Review*, vol. 41, n. 1, 2003.

MCMAHAN JR., Ronald M. Grandparent visitation rights in South Carolina in the wake of Troxel v. Granville. *South Carolina Law Review*, vol. 52, n. 3, 2001.

MEYER v. Nebraska, 262 US 390 (1923).

MNOOKIN, Robert H. Child-custody adjudication: judicial functions in the face of indeterminacy. *Law and Contemporary Problems*, vol. 39, n. 3, 1975.





NEWMAN, Stephen A. Five critical issues in New York's grandparent visitation law after *Troxel v. Granville*. *New York Law School Law Review*, vol. 48, n. 3, 2004.

O'CONNEL, Mary E. The riddle of *Troxel*: is grandma the state? *Family Court Review*, vol. 41, n. 1, 2003.

PARHAM v. J. R., 442 US 584 (1979).

PIERCE v. Society of Sisters, 268 US 510 (1925).

PRINCE v. Massachusetts, 321 US 58 (1944).

RATNER, Michael E. In the aftermath of *Troxel v. Granville*: Is mediation the answer? *Family Court Review*, vol. 39, n. 4, 2001.

RIGGS, Shelley A. Response to *Troxel v. Granville*: implications of attachment theory for judicial decisions regarding custody and third-party visitation. *Family Court Review*, vol. 41, n. 1, 2003.

SEDLER, Robert A. A parent's right to choose: the constitutionality of grandparent visitation according to *Troxel v. Granville*. *Michigan Bar Journal*, vol. 81, 2002.

SHUMAN, Daniel W. *Troxel v. Granville* and the boundaries of therapeutic jurisprudence. *Family Court Review*, vol. 41, n. 1, 2003.

SOTO, Natania M. Family Law: Whose kids are they, anyway? Analyzing *Troxel v. Granville* and the current state of Oklahoma's grandparent visitation statute. *Oklahoma Law Review*, vol. 54, n. 2, 2001.

STRASSER, Mark. Custody, visitation, and parental rights under scrutiny. *Cornell Journal of Law and Public Policy*, vol. 28, 2018.

TOMAINÉ, Susan. *Troxel v. Granville*: protecting fundamental parental rights while recognizing changes in the American family. *Catholic University Law Review*, vol. 50, n. 3, 2001.

TROXEL v. Granville, 530 U.S. 57 (2000).

VARELA, Michael. All for the love of a child: the current state of California's grandparent visitation statute in light of *Troxel v. Granville*. *Santa Clara Law Review*, vol. 44, n. 2, 2004.

VASQUEZ, Melba J. T. *Troxel v. Granville*: Impact on ethnic minority families. *Family Court Review*, vol. 41, n. 1, 2003.

WISCONSIN v. Yoder, 406 US 205 (1972).

WORSEK, Lauren. It really does take a village: recognizing the total caregiving network by moving toward a functional perspective in family law after *Troxel v. Granville*. *Washington University Journal of Law & Policy*, vol. 30, 2009.





## DADOS DA PUBLICAÇÃO

**Categoria:** artigo submetido ao *double-blind review*.

**Recebido em:** 12/07/2022.

**Aceito em:** 23/02/2023.

