



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO – UAD



CAIO GOMES DUARTE

**A POSSIBILIDADE DO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO NOS CASOS DE
ABANDONO AFETIVO PATERNO-FILIAL**

Sousa – PB
2020

CAIO GOMES DUARTE

**A POSSIBILIDADE DO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO NOS CASOS DE
ABANDONO AFETIVO PATERNO-FILIAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^ª. Dra. Maria dos Remédios Lima Barbosa.

**Sousa – PB
2020**

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA NA FONTE
Biblioteca Setorial de Sousa UFCG/CCJS
Bibliotecária – Documentalista: MARLY FELIX DA SILVA – CRB 15/855

D812p

Duarte, Caio Gomes.

A possibilidade do pagamento de indenização nos casos de abandono afetivo paterno-filial. / Caio Gomes Duarte. - Sousa: [s.n], 2020.

60 fl.

Monografia (Curso de Graduação em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais - CCJS/UFCG, 2020.

Orientadora: Profa. Dra. Maria dos Remédios Lima Barbosa.

1. Abandono Afetivo. 2. Direito de família. 3. Indenização. 4. Responsabilidade parental. I. Título.

Biblioteca do CCJS - UFCG

CDU 347.6(043.1)

CAIO GOMES DUARTE

**A POSSIBILIDADE DO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO NOS CASOS DE
ABANDONO AFETIVO PATERNO-FILIAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^ª. Dra. Maria dos Remédios Lima Barbosa.

Data de aprovação: 25/ 11 /2020

Banca Examinadora

Dra. Maria dos Remédios de Lima Barbosa

Orientadora: Prof^ª. Dra. Maria dos Remédios de Lima Barbosa

Prof^º. Dr. Eduardo Pordeus Silva

Examinador(a) 1

Prof^ª. Ma. Kaline Lima de Oliveira Moreira

Examinador(a) 2

Com amor e carinho, aos meus pais.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, meu pai todo poderoso, a minha mãezinha Maria santíssima, por segurarem a minha mão e me guiarem até aqui, me fortalecendo e me consolando quando necessitei.

Aos meus pais, Leda e Francisco, verdadeiros tesouros na minha vida, aqueles que apostaram tudo em mim, e são a razão da minha existência, a vocês dedico todas as minhas conquistas. À minha vizinha linda, dona Olindina que é minha inspiração na caminhada.

Aos meus amigos, presentes de Deus, que estiveram e sei que sempre estarão ao meu lado. À Sarah Araújo, amiga de longas datas que aqui representa o passado e o presente da minha história.

À Amanda Soares e Beatriz Cadete que mesmo distantes fisicamente sempre se fazem presentes em minha vida. Aos presentes que a UFCG me concedeu: Branca, Maria Letícia, Mairla Cibele, Lara Deodato, Millena Nogueira, Marcus Vinícius, Renata Bessa, Thalia Ferreira, vocês são especiais.

Ao meu sem limites, Bruna Aoki, Bruna Oli, Joyce Honório, Maria Débora, Yngrid Nogueira, vocês são tudo.

Ao meu relicário, nas pessoas de Myrian Karlla, *Beatriz Vasconcelos*, Fernanda Alice e Sonyara Benício, obrigado por tudo.

À Myllene Abreu, Maylla Bianca, Marcos Kellven, Mayara Gomes que sempre que preciso estão, literalmente, ao meu lado.

À Kamila Almeida, uma prima/irmã a qual eu tenho um carinho imensurável. À Maria Isis e Sollyto Filho, que a cada dia renovam as minhas esperanças em um futuro melhor.

Aos meus afilhados: Ana Heloísa, Laura Valentina e Marcos Antônio.

Aos meus padrinhos e madrinhas: Adilma, Aparecida Araújo, Edigler e José Francelino (*in memoriam*).

À minha orientadora Maria dos Remédios por todo o conhecimento repassado, paciência e maestria com a qual conduziu a orientação deste trabalho.

Aos meus professores, que me ajudaram a ser quem hoje sou.

E, por fim, a todos que de alguma maneira me ajudaram a concretizar este sonho, obrigado e que Deus abençoe cada um.

RESUMO

O presente trabalho versa sobre a possibilidade do pagamento de indenização nos casos de abandono afetivo nas relações paterno-filial, considerando isso surge o seguinte problema de pesquisa: é possível obter decisão judicial favorável a respeito do pagamento de indenização quando configurado o abandono afetivo advindo da relação entre pais e filhos? Enquanto metodologia o método de abordagem é o dedutivo tendo em vista que parte de uma situação geral e genérica para uma particular. O método de procedimento é o histórico. A pesquisa é classificada, no que tange a natureza, como aplicada; quanto à forma de abordagem como qualitativa quanto ao objetivo geral como exploratória; quanto aos procedimentos técnicos como bibliográfica; e quanto à obtenção de dados será análise de conteúdo. Para responder ao questionamento sugerido, no primeiro capítulo, serão trabalhadas as evoluções históricas do que se compreende como família, tanto na sociedade como no ordenamento jurídico brasileiro. O segundo capítulo é direcionado para a análise da filiação, abordando desde o reconhecimento até a guarda dos filhos a luz da Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002, serão também averiguadas as ações filiatórias, sua natureza jurídica, legitimidade e imprescritibilidade. E por fim, o terceiro e último capítulo versará sobre a responsabilização parental pelo abandono afetivo do filho, no primeiro subtópico será feita uma abordagem sobre a responsabilidade civil no direito brasileiro enfatizando suas noções gerais e basilares, em seguida, trataremos da responsabilização civil no âmbito das relações entre pais e filhos, e finalmente, no último subtópico que encerra o capítulo, será discutida a possibilidade do pagamento de indenização nos casos de abandono paterno-filial, serão apresentadas também algumas decisões favoráveis acerca do tema em debate, observando os elementos essenciais e obrigatórios para que se obtenha êxito na demanda.

Palavras-chave: Indenização; Responsabilidade Civil; Abandono afetivo.

ABSTRACT

The present paper deals with the possibility of paying indemnity in cases of affective abandonment in paternal-filial relationships, considering this the problem of the research arises: it is possible to obtain a favorable judicial decision regarding the payment of indemnity when configured the emotional abandonment accruing from the relationship between parents and children? As a methodology, the approach method is deductive, considering that it starts from a general situation to a particular one. The method of the procedure is historical. The research is classified, with regard to nature, as applied; to the approach as qualitative; to the general objective as exploratory; regarding technical procedures as bibliographic; and as for obtaining data it will be content analysis. To answer the suggested question, in the first chapter, will be made historical evaluations of what is understood as a family, both in society and in the Brazilian legal system. The second chapter is directed to the analysis of affiliation, addressing since the recognition until the custody of the children in the light of the Federal Constitution of 1988 and the Civil Code of 2002, will also be investigated the filiatorial actions, their legal nature, legitimacy and imprescriptibility. And finally, the third and last chapter will deal with parental responsibility through the lens of the emotional abandonment of the child, in the first subtopic it will be made an approach about civil liability in Brazilian law emphasizing its general and basic notions, then we will deal with the civil liability in the context of the relationship between parents and children, and finally, in the last subtopic that closes the chapter, it will be discussed the possibility of compensation payment in cases of paternal-filial abandonment, some favorable decisions on the topic under discussion will also be presented, observing the mandatory and essential elements that makes the demand a success.

Keywords: Indemnity; Civil responsibility; Affective abandonment.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 ELEMENTOS INTRODUTÓRIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA	10
2.1 A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA	10
2.2 DIREITO DE FAMÍLIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	12
2.3 PRINCÍPIOS REGENTES DO DIREITO DE FAMÍLIA	16
2.3.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	17
2.3.2 Princípio da Solidariedade Familiar.....	18
2.3.3 Princípio da Igualdade Jurídica dos Cônjuges e Companheiros	18
2.3.4 Princípio da Igualdade Jurídica dos Filhos	19
2.3.5 Princípio da Convivência Familiar	21
2.3.6 Princípio da Paternidade Responsável e Planejamento Familiar	22
2.3.7 Princípio da Pluralidade dos Modelos de Família.....	23
3 FILIAÇÃO, RECONHECIMENTO E GUARDA DOS FILHOS NO DIREITO BRASILEIRO	25
3.1 FILIAÇÃO: CONCEITO. PROVAS E PRESUNÇÃO.	25
3.2 RECONHECIMENTO: ELEMENTOS BASILARES E ESPECÍFICOS. AÇÕES FILIATÓRIAS: NATUREZA, LEGITIMIDADE E IMPRESCRITIBILIDADE.	30
3.3 PODER FAMILIAR E GUARDA DOS FILHOS Á LUZ DA MAGNA CARTA DE 1988 E DO CÓDIGO CIVIL DE 2002.	34
4 RESPONSABILIZAÇÃO PARENTAL PELO ABANDONO AFETIVO DO FILHO .41	
4.1 RESPONSABILIDADE CIVIL: NOÇÕES BASILARES.....	41
4.2 RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES ENTRE PAIS E FILHOS.	47
4.3 A POSSIBILIDADE DO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO NOS CASOS DE ABANDONO AFETIVO.	50
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	55
REFERÊNCIAS	57

1 INTRODUÇÃO

O Direito de Família contemporâneo, advindo com a Constituição Federal de 1988, surge objetivando sanar os anseios sociais, trazendo ao centro do debate, assuntos de considerável sensibilidade, das mais diversas relações familiares que outrora não se permitiria discuti-los, observando, em primazia, não somente o que está esculpido nas legislações, mas cedendo espaço também para observação da importância daquilo que às vezes não pode ser integralmente codificado.

A família moderna foi se estabilizando ao longo dos anos que sucederam o pós constituinte, conquistando um espaço cada vez maior, e inserindo na seara jurídica brasileira os avanços de uma evolução global para a chegada de um novo milênio, a considerada nova era não atingiu somente as tecnologias, mas também se instaurou nos tribunais vislumbrando, ainda que timidamente, a chegada dos novos tempos.

Com o surgimento do Código Civil de 2002, foi possível analisar mais profundamente as inovações, os avanços no Direito de Família, agora mais perceptíveis que o então superado Código de 1916 abrindo espaço para as problemáticas das famílias do século XXI, um núcleo familiar alicerçado no afeto, resguardando o direito de todos os componentes do grupo, colocando em pé de igualdade homens e mulheres, concedendo aos mesmos, iguais direitos e deveres a serem observados.

Os princípios norteadores do Direito de Família incluíam a partir de então a igualdade jurídica dos cônjuges, a paternidade responsável e o planejamento familiar, a igualdade jurídica de todos os filhos, a solidariedade familiar, o reconhecimento da pluralidade dos modelos de família, entre outros princípios, todos, intrinsecamente ligados ao respeito da dignidade da pessoa humana elemento basilar da Carta Magna de 1988.

Partindo dessa premissa, evidenciando o afeto como elemento essencial da formação familiar, o presente trabalho busca analisar a possibilidade do pagamento de indenização nos casos de abandono afetivo paterno-filial, tema de relevância social, e indiscutível polêmica, tratado atualmente com bastante frequência nas varas que tratam sobre assuntos familiares de todo nosso país.

O abandono afetivo nada mais é do que a inobservância do princípio da paternidade responsável, pois, cabe aos genitores, o cuidado e a atenção para com

seus filhos, desde a geração, passando pelo nascimento, e até quando necessário for, não podendo os mesmos, esquivar-se de tal responsabilidade, podendo gerar danos no desenvolvimento psicológico e social da criança e/ou adolescente vítima do abandono ferindo o que dispõe nossa legislação.

É importante destacar que o afeto se sobrepõe às responsabilidades da esfera material, ou seja, de nada importa que um genitor esteja cumprindo com os seus deveres pecuniários se não possui carinho ou afeição e não participa ativamente da vida do seu filho, gerando uma lacuna afetiva intransferível e irremediável. Desta feita, surge o questionamento que impulsiona a presente obra: existe a possibilidade do pagamento de indenização nos casos de abandono afetivo paterno-filial?

O primeiro capítulo tratara dos elementos históricos do Direito de Família, a evolução do conceito, e a família sob a ótica social e do ordenamento pátrio, e encerrando com a explanação dos princípios que o regem.

O segundo capítulo será direcionado para as relações filiais, guarda e reconhecimento dos filhos sob a luz da Carta Magna de 1988 e o Código Civil de 2002.

E, finalmente, no terceiro e último capítulo serão apresentadas às responsabilidades dos pais para com seus filhos, explanar-se-á as noções basilares da responsabilidade civil, porém, buscará enfatizar a responsabilização no âmbito das relações entre pais e filhos e finalizará com a análise da possibilidade do pagamento de indenização nos casos de abandono afetivo paterno-filial.

2 ELEMENTOS INTRODUTÓRIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA

“A família é a célula da sociedade”. São João Paulo II

Ao longo dos anos, o Direito de Família no ordenamento jurídico brasileiro vem ganhando espaço e importante notoriedade. Faz-se necessário enfatizar que, a família, deve estar no topo de uma tríade composta ainda por Estado e Sociedade, pois, ela é a primeira e quiçá a mais valiosa escola de todo ser humano.

É de suma importância ressaltar ainda que, a formação familiar está intimamente ligada na construção do cidadão do futuro, em outras palavras, uma base familiar pautada nos bons ensinamentos colocará a disposição da outra ponte da tríade, que é o Estado em união com a sociedade, cidadãos que possivelmente também darão continuidade e transmitirão os ensinamentos outrora recebidos nos mais diversos campos afetivos, e nos mais variados conceitos de núcleo familiar.

2.1 A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA

Historicamente, conceituar família sempre se apresentou como uma difícil missão para os estudiosos da área que buscam respostas nos mais remotos agrupamentos de pessoas que se tem história em nossa sociedade civilizada. Ou seja, no transcorrer do tempo, o conceito de família foi se moldando conforme a sociedade ou ainda a época vivida.

Já no Brasil, a definição de família estava estreitamente ligada ao patriarcado, segundo explica a doutrina sobre o tema temos que: “Historicamente, no Brasil, costuma-se referir com maior destaque á família patriarcal, derivada do modelo tradicional romano, e que prevaleceu na sociedade brasileira, desde a colonização, até meados do século XX”. (DONIZETTI; QUINTELLA, 2016, p.865).

O que se entende a partir da formação deste tipo de família conhecida como família nuclear que é aquela formada por pai, mãe e filho (os) é a figura masculina atuando como protagonista e comandante, onde os demais sujeitos componentes submetem-se aos desejos, vontades e orientações do patriarca familiar que possui voz ativa e condutora em todos os aspectos.

A doutrina mais tradicional preleciona a respeito da supracitada formação familiar:

No direito romano a família era organizada sob o princípio da autoridade. O pater famílias exercia sobre os filhos direito de vida e de morte (*ius vitae ac necis*). Podia, desse modo, vendê-los, impor-lhes castigos e penas corporais e até mesmo tira-lhes a vida. A mulher era totalmente subordinada a autoridade marital e podia ser repudiada por ato unilateral do marido. (GONÇALVES, 2015, p.31)

No entanto, com o passar dos anos, o conceito da palavra família foi ganhando novos aspectos e variedades, tem-se na história, por exemplo, das mulheres que ao perderem seus esposos soldados nas duas grandes guerras que assolaram a humanidade, necessitaram neste momento, de encabeçar o grupo familiar, assumindo para si, o que outrora, era responsabilidade apenas e exclusiva de seu cônjuge.

Ou seja, dá-se início, portanto, a um núcleo familiar diferenciado, que tem em sua primazia a igualdade de seus membros. Sobre tal evolução, leciona a doutrina:

Os novos valores que inspiram a sociedade contemporânea sobrepujam e rompem definitivamente, com a concepção tradicional de família. A arquitetura da sociedade moderna impõe um modelo familiar descentralizado, democrático, igualitário, e desmatrimonializado. O escopo precípua da família passa a ser a solidariedade social e demais condições necessárias ao aperfeiçoamento e progresso humano, regido o núcleo familiar, pelo afeto, como mola propulsora. (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 36)

Ora, como se pode observar, a família contemporânea está interligada não por um modelo definido, mas sim, ainda mais forte pelo afeto e só podemos falar a respeito deste após significativas mudanças ocorridas, a diversidade, o respeito e a solidariedade, a evolução constante do meio familiar reflete instantaneamente em nosso cotidiano social.

A doutrina busca explicar a transformação do perfil da família contemporânea no Brasil a partir de resultados de pesquisas realizadas por institutos que revelam dados dos censos demográficos: “A família brasileira transformou-se intensamente ao final do século XX, não apenas quanto os valores, mas a sua composição [...]” (LOBO, 2011, p.22).

É necessário analisar que a transformação social ocorrida ao longo dos anos fora de suma importância para chegarmos até o cenário em que nos encontramos, portanto, é imprescindível falar de mudanças externas sem que antes ocorram

mudanças internas, ou seja, a sociedade jamais avançaria em seu projeto de mutação se em conjunto a família não acompanhasse tal modificação.

Aduz a respeito da dinamicidade do Direito de Família:

O Direito de Família é extremamente dinâmico; acompanha as constantes mudanças sociais, nossos valores como pessoas e como integrantes de um núcleo familiar; esse também variado, multiforme, edificado no afeto, indubitosa mola mestra das relações pessoais [...]
[...] Foram mudanças significativas no tratamento mais humanizado das relações familiares, sem esquecer do importante papel de adequação que a doutrina e a jurisprudência tem proporcionado para adaptar as alterações sociais ao texto da lei, abrindo os caminhos naturais de conciliação entre o texto escrito e a verdade axiológica. (MADALENO, 2018, p.13)

Em outras palavras, podemos dizer que fora de essencial importância que o Direito de Família agregasse tal dinamicidade para acompanhar de maneira real e significativamente o nascer de uma forma humanitária das relações familiares, abandonando, desta feita, os modelos ultrapassados de convivência familiar.

Desta feita, tornou-se possível, enfim, através dos ensinamentos de estudiosos do Direito de Família, chegar a um entendimento de seu conceito:

Numa definição sociológica, pode-se dizer com Zannoni que a família compreende uma determinada categoria de 'relações sociais reconhecidas e, portanto institucionais'. Dentro deste conceito, a família 'não deve necessariamente coincidir com uma definição estritamente jurídica. Quem pretende focalizar os aspectos eticossociais da família, não pode perder de vista que a multiplicidade e variedade de fatores não consentem fixar um modelo social uniforme. (PEREIRA, 2012, p.70)

De acordo com o pensamento do autor, é possível analisar que o conceito atual de família está estritamente ligado por dois aspectos essenciais, a boa relação, ou ainda, boa convivência, e também uma multiplicidade, ou seja, não esta ligada a um modelo único e principal, mas sim, a uma diversidade que aconteceu de acordo com o passar do tempo, adaptando-se as realidades contemporâneas. É necessário enfatizar que tal diversidade só veio a ser perceptível quando a família deixou de ser um núcleo econômico e reprodutivo, e passou então a ser local de afeto, amor e de convívio harmonioso.

2.2 DIREITO DE FAMÍLIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No tocante ao Direito de Família no ordenamento jurídico brasileiro, torna-se praticamente inviável alçar êxito no objetivo em analisar tal instituto sem antes realizar uma comparação acerca do que é e o que foi conquistado, avanços e retrocessos.

A doutrina discorre sobre o assunto:

O Código Civil de 1916 e as leis posteriores, vigentes no século passado, regulavam a família constituída unicamente pelo casamento, de modelo patriarcal e hierarquizada, como foi dito, ao passo que o moderno enfoque pelo qual é identificada tem indicado novos elementos que compõem as relações familiares, destacando-se os vínculos afetivos que norteiam a sua formação. Nessa linha, a família socioafetiva vem sendo priorizada em nossa doutrina e jurisprudência. (GONÇALVES, 2015, P.32)

Nota-se instantaneamente que outrora, em nosso ordenamento jurídico, só consideravam-se núcleos familiares aqueles constituídos pelo casamento entre pessoas do sexo opostos, não sendo possível, por exemplo, considerar família aquela advinda da união estável.

A Constituição Federal de 1988 surge vanguardista com o intuito de finalmente adequar-se às novas realidades e anseios sociais, trazendo como prioridade a dignidade da pessoa humana, apoiando um hodierno panorama, conseguindo colocar em foco uma autêntica revolução no Direito de Família.

A respeito da discussão, é possível compreender segundo ensinamentos doutrinários que:

A Constituição Federal de 1988 “absorveu essa transformação e adotou uma nova ordem de valores, privilegiando a dignidade da pessoa humana, realizando verdadeira Revolução no Direito de Família, a partir de três eixos básicos”. Assim, o art. 226 afirma que “a entidade familiar é plural e não mais singular, tendo várias formas de constituição”. O segundo eixo transformador “encontra-se no §6º do art. 227. É a alteração do sistema de filiação, de sorte a proibir designações discriminatórias decorrentes do fato de ter a concepção ocorrida dentro ou fora do casamento”. A terceira grande revolução situa-se “nos artigos 5º, inciso I, e 226, §5º. Ao consagrar o princípio da igualdade entre os homens e mulheres derogou mais de uma centena de artigos do Código Civil de 1916”. (GONÇALVES, 2015, p. 33)

É importante ressaltar através da observação do autor que a revolução no Direito de Família a partir da Carta Magna de 88 teve como base os artigos 226, 227 §6º e ainda o artigo 5º, inciso I que finalmente colocou o homem em pé de igualdade com a mulher, com os mesmos direitos e deveres, derrubando, portanto, diversos artigos do ultrapassado Código de 1916.

O artigo 226 assevera claramente que a família é a base da sociedade, trazendo em seus parágrafos diversas novidades a respeito da supracitada entidade.

Artigo 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (EC Nº 66/2010)
§1º O casamento é civil e gratuita celebração.

§2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

§7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais e privadas.

§8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. (BRASIL, 1988)

Já o artigo 227 no seu 6º parágrafo traz inovações a respeito da prole havida ou não do casamento ou ainda os filhos advindos por adoção: “§6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibindo quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

E, finalmente o inciso I do artigo 5º que leciona a respeito da igualdade de direitos e deveres dos homens e mulheres: “I – Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações nos termos desta Constituição”.

São claras e evidentes as modificações e o progresso surgido com a nova Carta Magna, no entanto, o texto de 1988 deveria ter dado fôlego novo ao que estava por vir o então novo Código Civil de 2002, contudo, há divergências doutrinárias acerca dos avanços, ainda que tímidos obtidos em 1988 para o que alguns doutrinadores consideram como um verdadeiro retrocesso do Código de 2002:

Em 2002, aprovado o novo Código Civil, o avanço foi ainda mais tímido, talvez até um retrocesso, fruto, sobretudo, das idéias antiquadas da comissão elaboradora do projeto, presidida por Miguel Reale, que se aproveitou de uma interpretação literal do texto constitucional para frear os avanços do Direito de Família no novo Código, que seguiu reconhecendo como entidades familiares apenas a formada pelo casamento, pela união estável entre homem e mulher pela convivência de um dos pais com seu filho ou filhos. (DONIZZETI; QUINTELLA, 2017, p. 866)

Entende-se, contudo, que a expectativa criada em torno de um novo avanço para o Direito de Família em nosso ordenamento jurídico, não passou de mera repetição de palavras causando uma verdadeira decepção nos estudiosos que

buscavam mostrar no novo Código que família poderia ser qualquer agrupamento de pessoas unidas pelo afeto.

Ademais, não se pode negar a importância da Constituição Federal de 1988 para o Direito de Família e seus avanços que até então se encontravam praticamente estagnados pelo tempo.

A respeito das mudanças e inovações ocorridas, esclarece a doutrina:

Todas as mudanças sociais havidas na segunda metade do século passado e o advento da Constituição Federal de 1988, com as inovações mencionadas, levaram a aprovação do Código Civil de 2002, com a convocação dos pais a uma “paternidade responsável” e a assunção de uma realidade familiar concreta, onde os vínculos de afeto se sobrepõem à verdade biológica, após as conquistas genéticas vinculadas aos estudos do DNA. Uma vez declarada a convivência familiar e comunitária como direito fundamental, prioriza-se a família socioafetiva, a não discriminação dos filhos, a corresponsabilidade dos pais quanto ao exercício do poder familiar, e se reconhece o núcleo monoparental como entidade familiar. (GONÇALVES, 2015, p.33)

Constata-se, no entanto, a imensa importância do texto constitucional para que tais avanços ocorressem, fora, contudo, possível garantir direitos básicos, como por exemplo, a igualdade entre os cônjuges, não só de direitos, mas também de deveres, a chamada “paternidade responsável” que trouxe a tona uma discussão até então pouco conhecida por parte da sociedade.

Houve também, enfim, a não discriminação ou diferenciação dos filhos advindos de relacionamentos extraconjugais, os adotados, ou até mesmo os descendentes da formação de um novo vínculo familiar, o que outrora, era vista pela sociedade como prática incomum tal aceitação dos direitos da prole que surgiu fora do vínculo conjugal.

Por conseguinte, outro ponto de extrema importância foi o reconhecimento das chamadas famílias monoparentais que são as famílias formadas apenas por um pai ou uma mãe e o seu, ou, seus filhos que a partir de então também passou a ser considerado núcleo familiar.

Tartuce (2019) elucida que tais variantes, históricas e estruturais, chegaram a criar um novo Direito de Família em nosso ordenamento jurídico, que seria necessário, portanto, analisá-lo com uma visão diferenciada, ou seja, em outras palavras podemos concluir que ocorreu uma verdadeira “reforma” no âmbito familiar em todos os seus aspectos.

2.3 PRINCÍPIOS REGENTES DO DIREITO DE FAMÍLIA

Princípio é uma palavra originada do latim (*principiu*) que significa o início, a origem, o ponto de partida, a essência da origem de algum fenômeno, ora, partindo da premissa de que princípios é o ponto de partida, ou a base para originar algo, se faz necessário colocá-los no centro das discussões, contudo, em se tratando de Direito de Família, é importantíssimo fazer um adendo diferenciando, por exemplo, dos princípios gerais do Direito.

Acerca do assunto a doutrina traz os seguintes ensinamentos:

É comum que se faça a distinção entre princípios constitucionais e princípios gerais do Direito. O cuidado, de fato, é procedente. Princípios constitucionais são os que emanam do espírito da Constituição, embora, nem sempre estejam positivados no texto, e princípios gerais do Direito são princípios peculiares aos diversos ramos jurídicos, e emanam da construção doutrinária e jurisprudencial da disciplina. (DONIZETTI; QUINTELLA, 2017, p.883)

Nota-se que o autor dilucida de onde parte cada princípio, o primeiro, os constitucionais, emanam do próprio texto constitucional, o segundo, os princípios gerais do Direito, são nascedouros da doutrina e jurisprudência, no entanto, o que erroneamente se faz é conceder-lhes status diferente, pois como explica Donizetti e Quintella (2017) é necessário entender que ambos os princípios são fontes informadoras do Direito.

É notório que os princípios advieram de uma transformação do Direito de Família para que assim pudessem acontecer as devidas e ansiadas adequações que descenderam da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002.

Emerge dos ensinamentos doutrinários a respeito da supracitada evolução:

O Código Civil de 2002 procurou adaptar-se a evolução social e aos bons costumes, incorporando também as mudanças legislativas sobrevindas nas últimas décadas do século passado. Adveio, assim, com ampla e atualizada regulamentação dos aspectos essenciais do direito de família a luz dos princípios e normas constitucionais. (GONÇALVES, 2015, p. 21)

Ocorreram as modificações, contudo, embasadas principalmente nos costumes sociais e também das modificações legislativas da época que inquietavam a coletividade desde tempos outrora.

2.3.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

“O princípio da dignidade humana, antes de ser um princípio informador do Direito de Família é, sobretudo, um princípio constitucional fundamental da Republica Federativa do Brasil, que deve inspirar todo o ordenamento”. (DONIZZETI; QUINTELLA, 2017, p.884)

Ora, seria utópico dar início a qualquer argumentação a respeito dos princípios norteadores do Direito de Família sem que fosse com um dos mais, ou, quiçá, o mais importante dentre os princípios, que é o da Dignidade da Pessoa Humana, esculpido em nossa Constituição Federal.

De acordo com o ensinamento doutrinário, desde o mais clássico, até o mais moderno, é praticamente unânime o pensamento de que o supramencionado princípio vem a ser o inspirador de todo um ordenamento, nota-se que para conseguir alçar avanço diante uma sociedade, é necessário que haja o mínimo de dignidade humana entre os que nela convivem, sendo assim, impossível citar direitos sem mencionar dignidade.

E sua importância se faz presente também no cenário do Direito de Família, segundo ensinam Donizzeti e Quintella (2017) tal princípio surge para solucionar os mais variados questionamentos doutrinários e também jurisprudenciais que não atinam por viés diverso.

Contudo, é fundamental esclarecer que dignidade humana está atrelada a um vasto campo de elementos que a compõe, como por exemplo, saúde, lazer, esporte, educação, moradia entre outros aspectos que são indispensáveis para a vivência humana, tal princípio também se apresenta como a peculiaridade que diferencia o ser humano de coisas e ou animais.

De acordo com Tartuce (2019) a concretização social da dignidade da pessoa humana dar-se somente a partir do momento em que acontece o contato da pessoa com a comunidade em que vive, ou seja, se não é possível inserir socialmente o indivíduo em uma coletividade em conjunto com todos os direitos que lhe pertence, torna-se inviável falar sobre dignidade da pessoa humana.

2.3.2 Princípio da Solidariedade Familiar.

Dentre os diversos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, que apresenta a Constituição Federal de 1988, a solidariedade social é um deles, podendo ser encontrado no artigo 3º, inciso I do referido livro. É por tamanha importância, tal princípio vem a refletir com tamanho ímpeto nas relações familiares.

A solidariedade familiar é um dos princípios peculiares do Direito de Família, que, sem dúvidas, é um dos ramos mais humanitários do Direito, e a respeito de tal princípio aduz a doutrina:

Outro princípio peculiar do Direito de Família, de fundamental importância, é o princípio da solidariedade familiar. Esse princípio não apenas traduz a afetividade necessária que une os membros da família, mas, especialmente, concretiza uma especial forma de responsabilidade social aplicada à relação familiar. (GANGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 1128)

Observa-se que a solidariedade familiar é a concretização da responsabilidade que se aplica nas relações familiares, ou seja, se não há tal afetividade, que é indispensável para que haja a formação de um núcleo familiar, de modo algum poderíamos falar de família.

É a solidariedade familiar que ocasiona amparo, apoio material e moral reciprocamente entre os membros que compõe aquele núcleo, e que o seu cumprimento está intimamente ligado ao respeito da dignidade da pessoa humana.

É de extrema importância frisar também que é a partir do princípio da solidariedade familiar que se embasa e ou justifica a reparação em forma de alimentos caso haja a necessidade prevista pelo artigo 1.694 do Código Civil no momento do rompimento do matrimônio ou ainda da união estável.

2.3.3 Princípio da Igualdade Jurídica dos Cônjuges e Companheiros

Uma das inovações advindas com a Constituição Federal de 1988 foi, enfim, a consolidação da igualdade jurídica entre os cônjuges, estabelecida no artigo 226, §5º da Carta Magna: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Colocando, portanto, um fim no poderio marital que até então se encontrava entranhado em nossa sociedade.

Aludem explicações doutrinárias a respeito do assunto:

A regulamentação instituída no aludido dispositivo acaba com o poder marital e com o sistema de encapsulamento da mulher, restrita a tarefas domésticas e á procriação. O patriarcalismo não mais se coaduna, efetivamente, com a época atual, em que grande parte dos avanços tecnológicos e sociais está diretamente vinculada as funções da mulher na família e referenda a evolução moderna, confirmando verdadeira revolução no campo social. (GONÇALVES, 2015, p. 23)

Ora, é compreensivo a partir dos preceitos doutrinários que em tempos de outrora, a única serventia da mulher em nosso núcleo social era com o intuito de conceber, além de claro, dedicar-se aos afazeres domésticos, no entanto, citado pensamento era extremamente retórico e arcaico, não poderia prosperar na então atualidade que vivenciava o final dos anos 80, e desta feita, a Constituição Federal coloca ambos os sexos em pé de igualdade, destruindo a distinção que havia entre homem e mulher e a superioridade masculina que vigorava.

Se comparado ao Código Civil de 1916, os avanços versados pela CF/88 foram desmedidamente importantes para os movimentos que clamavam por igualdade de gêneros na época, ora, de tão vetusto se apresentava o Código de 16 que determinava a figura do marido como único chefe da casa, além de administrador dos bens, os de propriedade da mulher como também os adquiridos da constância do casamento, não permitindo a separação do patrimônio, e ainda o direito da manutenção da casa ser reservado apenas à figura masculina tudo isso advindo do modelo familiar que se baseava ainda no remoto Direito Romano.

“Diante do reconhecimento dessa igualdade, como exemplo prático, o marido ou companheiro pode pleitear alimentos da mulher ou companheira, ou mesmo vice e versa”. (TARTUCE, 2019, p. 44).

Conclui-se a partir dos ensinamentos do autor que o princípio da igualdade jurídica dos cônjuges surgiu com a finalidade de equiparar os consortes, concedendo-lhes a prerrogativa de pleitear os mesmos direitos, intentando que ambos também possuem os mesmos deveres jurídicos.

2.3.4 Princípio da Igualdade Jurídica dos Filhos

A Constituição Federal no artigo 227, §6º assevera que: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e

qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. Determinado princípio aparece com o objetivo de encerrar de uma vez por todas as polêmicas discussões que se gerava em torno dos filhos concebidos fora da constância do casamento, a prole concebida daquelas que o Código Civil de 1916 tratava de maneira pejorativa como concubinas.

Emerge de ensinamentos doutrinários, a seguinte reflexão a respeito do tema em análise:

Em suma, juridicamente, todos os filhos são iguais perante a lei, havidos ou não durante o casamento. Essa igualdade abrange também os filhos adotivos, os filhos socioafetivos e aqueles havidos por inseminação artificial ou heteróloga (com material genético de terceiro). Diante disso, não se pode mais utilizar as odiosas expressões *filho adulterino* ou *filho incestuoso* que são discriminatórias. Igualmente, não podem ser utilizadas, em hipótese alguma, as expressões *filho espúrio* ou *filho bastardo*, comuns em passado não tão remoto. Apenas para fins didáticos utiliza-se o termo filho havido fora do casamento, eis que, juridicamente, todos são iguais. Isso repercute tanto no campo patrimonial quanto no pessoal, não sendo admitida qualquer forma de distinção jurídica, sob as penas da lei, Trata-se, desse modo, na ótica familiar, da primeira e mais importante especialidade da isonomia constitucional. (TARTUCE, 2019, p.43).

Ora, diante de uma elucidação que se apresenta de forma tão coesa, qualquer outra explicação tornar-se-ia inútil, entretanto, cabe observar que a partir do princípio em estudo, fora possível colocar fim aos tratamentos discriminatórios que era oferecido aos filhos concebidos de uma relação extraconjugal, ou até mesmo aqueles que advinham após o rompimento do primeiro laço matrimonial. Também, enfim, se conseguiu a partir de então garantir os direitos que antes eram lhes negados, especialmente os de cunho patrimonial.

Outro tema importante que o artigo explanou foi com relação aos filhos adotivos que antes eram vistos e tratados de maneira diferente, tanto pela sociedade, quanto mesmo por alguns membros que compunham o ciclo familiar, concretizando de uma vez por todas que não há diferenciação entre os adotivos e os biológicos.

De acordo com a doutrina, tratando-se do princípio em observação, é possível compreender que: “O princípio ora em estudo não admite distinção entre filhos legítimos naturais e adotivos, quanto ao nome, poder familiar, alimentos e sucessão [...]”. (GONÇALVES, 2015, p.24).

Conclui-se, portanto, que se buscou efetivar a igualdade entre os descendentes em todos os aspectos possíveis, sendo totalmente vedado qualquer tipo de diferenciação ou discriminação entre estes.

2.3.5 Princípio da Convivência Familiar

Pelo princípio da convivência familiar entende-se que ascendentes e descendentes devem permanecer unidos, e que a separação só deverá acontecer quando não houver outra solução que venha a dirimir o contratempo que gerou o desmembramento do laço afetivo.

A respeito do referido assunto, é possível extrair os seguintes esclarecimentos doutrinários:

O afastamento definitivo dos filhos da sua família natural é medida de exceção, apenas recomendável em situações justificadas por interesse superior, a exemplo da adoção, do reconhecimento da paternidade socioafetiva ou da destituição do poder familiar por descumprimento do dever legal. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 1136)

É de notório entendimento que a separação do núcleo familiar acontece de forma excessiva, é assegurado constitucionalmente aos filhos, conviver harmoniosamente com seus genitores, contudo, tornou-se necessário em determinadas ocasiões e por motivos superiores encerrar, até mesmo em definitivo, tal convivência, visando sempre à proteção e o melhor interesse do menor incapaz.

No entanto, elementar tornou-se a discussão com relação à separação da prole e seus genitores através da justificativa econômica, ou ausência de recursos, sobre isso, o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 23, excluiu de uma vez por todas tal possibilidade: “Art. 23. A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do pátrio poder”.

O aludido artigo traz ainda em seu parágrafo único, a possibilidade de inserção das famílias em programas de assistência social, com a finalidade de garantir a sobrevivência digna dos componentes que compõe o núcleo familiar, como também que seja assegurado que a criança e o adolescente mantenha o seu vínculo afetivo.

Tornou-se imprescindível, no entanto, a interdisciplinaridade para a resolução da problemática, tentando, porém, evitar que por falta de acompanhamento no

âmbito social de famílias que se encontram em situação de vulnerabilidade, tais litígios venham a sobrecarregar o judiciário.

A respeito do assunto, é possível obter ensinamentos advindos da doutrina:

Nos dias atuais, muitas demandas que são levadas ao Poder Judiciário decorrem da carência de investimentos nas políticas sociais básicas de atendimento à criança e à família, em que pesem as disposições constitucionais e infraconstitucionais existentes. Passa o judiciário, por vezes, a ser o depositário das crises e dos conflitos pessoais e interpessoais, bem como da falência do próprio Estado, sobrecarregando as Varas de Família e da Infância e Juventude com problemas que fogem às suas alçadas de atuação e de resolução, ao menos, em curto prazo. (AZAMBUJA, 2004, p. 284)

Acontece que a inobservância do Estado com relação às mazelas sociais, em muitos casos, sobrecarrega o Judiciário, sendo isso, uma das causas reflexivas de sua morosidade, ora, é necessário efetivar as políticas de atendimento social e fazer com que as mesmas alcancem a todos em especial os mais desprotegidos.

2.3.6 Princípio da Paternidade Responsável e Planejamento Familiar

O princípio da paternidade responsável e planejamento familiar consideram que, é de responsabilidade intransferível o cuidado para com os filhos, devendo acontecer apenas em situações específicas e com raras exceções, além do que, também cabe aos cônjuges a livre decisão a respeito do planejamento familiar.

O princípio do planejamento familiar consiste em estabelecer um equilíbrio entre as condições da família e a quantidade de filhos, porém não se permite formas de controle que tenham obrigatoriedade no planejamento do casal. Cabendo, portanto, ao casal escolher a maneira de criação, educação e desenvolvimento dos seus filhos, desde que, dentro das possibilidades que o Estado dispõe.

A Constituição Federal declara no art. 226., § 7º, que o planejamento familiar, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma de coerção por parte de instituições oficiais ou privadas. (SCHREIBER, 2019, p. 1.197)

Contudo, mesmo sendo de interesse particular da família o planejamento familiar, tal garantia não permitem aos mesmos livre escolha com relação ao cuidado

para com os filhos, a paternidade responsável surge para resguardar, sobretudo, os direitos da parte mais vulnerável do núcleo familiar, as crianças e adolescentes.

A paternidade responsável é um balizamento ao princípio do livre planejamento familiar. O Estado não interfere na decisão/liberdade do casal quanto ao projeto parental, mas em contrapartida impõe aos pais a obrigação de exercer o múnus público decorrente do poder familiar em relação a cada um dos filhos, independente da origem se biológica ou socioafetiva. (SCHREIBER, 2019, p. 1.198, **apud LOBO, 2014, p. 469**)

Vale salientar que mesmo aos pais que não possuem relação conjugal cabe a ambos zelar pela vida dos filhos, pelo sustento, educação, e ao que não tem a guarda, tem o dever da convivência familiar, proporcionando o dever de cuidado, estando, portanto o afeto, acima inclusive da assistência material.

2.3.7 Princípio da Pluralidade dos Modelos de Família

Falar a respeito da pluralidade dos modelos familiares em nosso ordenamento jurídico tornou-se algo indispensável, se levarmos em consideração que a considerada vanguardista Constituição Federal de 1988 embasou-se, sobretudo, na dignidade da pessoa humana, além de também estar pautada na proibição da discriminação, sendo possível a partir daí, reconhecer juridicamente os mais variados tipos de núcleos familiares.

Feita uma análise doutrinária com relação ao assunto, é possível retirar o seguinte entendimento:

O princípio da pluralidade dos modelos de família, conquanto não esteja expresso no texto da Constituição, pode ser depreendido do espírito constitucional. Afinal, em um Estado que privilegia, acima de tudo, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), que proíbe a discriminação (art. 3º, IV, da CF), necessariamente não se pode rejeitar nenhuma entidade familiar. (DONIZETTI; QUINTELLA, 2017, p.884)

Apesar de não trazer expressamente o acolhimento dos diferentes modelos de família, a Carta Magna de 1988 acabou por acolhê-los de forma tácita, ora, observado pela ótica de que o afeto é o que une um determinado grupo de pessoas, não á o que se discutir de estar-se-á diante uma família.

É importante ressaltar que, nas constituições anteriores, não se tratava do assunto em questão, sendo considerada família apenas a tradicional ou matrimonializada, com relação à discussão, leciona a doutrina que:

Com a Constituição Federal, as estruturas familiares adquiriram novos contornos. Nas codificações anteriores, somente o casamento merecia reconhecimento e proteção. Os demais vínculos familiares eram condenados à invisibilidade. A partir do momento em que as uniões matrimonializadas deixaram de ser reconhecidas como a única base da sociedade, aumentou o espectro da família. O princípio do pluralismo das entidades familiares é encarado como o reconhecimento pelo Estado da existência de várias possibilidades de arranjos familiares. (DIAS, 2016, p.80)

É incontestável a importância do avanço no reconhecimento jurídico das demais entidades familiares, levando em consideração a gama de direitos que enfim puderam ser assegurados e que outrora, não encontrava respaldo nos regulamentos anteriores, que expressava uma visão ultrapassada e extremamente tradicional não mais condizente com os pensamentos contemporâneos de uma sociedade em constante evolução.

3 FILIAÇÃO, RECONHECIMENTO E GUARDA DOS FILHOS NO DIREITO BRASILEIRO

A evolução social e jurídica proporcionou ao Direito de Família contemporâneo a possibilidade de discutir temáticas outrora consideradas inquestionáveis como no caso da filiação sob um aspecto abrangente, levando em consideração não meramente os vínculos genéticos, mas também buscando valorizar os laços de afetividade.

Dentro desta perspectiva, o presente capítulo buscou analisar os liames jurídicos em torno do debate proposto objetivando o entendimento sobre os tópicos apresentados, e buscando a construção de uma concepção moderna, mas, não permitindo olvidar o que preteritamente edificou o almejado progresso.

3.1 FILIAÇÃO: CONCEITO. PROVAS E PRESUNÇÃO.

Filiação, de acordo com o Direito Civil Brasileiro, é a relação que une dois indivíduos, descendente e ascendente, formando então um parentesco de primeiro grau em linha reta.

“A mais relevante relação de parentesco existente na ciência jurídica é a que se estabelece entre pai/mãe e filho”. (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p.569).

Situada no artigo 1.596 e seguintes do Código Civil, a filiação segue o que preceitua o princípio da igualdade jurídica dos filhos, desta feita, não pode haver distinção entre os filhos concebidos biologicamente e os advindos por adoção, afeto, ou ainda outro método de concepção.

De acordo com o que emerge de ensinamentos doutrinários a respeito da filiação temos que:

Em sentido estrito, filiação é a relação jurídica que liga o filho a seus pais. É considerada filiação, propriamente dita quando visualizada pelo lado do filho. Encarada em sentido inverso, ou seja, pelo lado dos genitores em relação ao filho, o vínculo se denomina paternidade ou maternidade. Em linguagem jurídica, todavia, às vezes **“se designa por paternidade, num sentido amplo, tanto a paternidade propriamente dita como a maternidade. É assim, por exemplo, que deve ser entendida a expressão “paternidade responsável”** consagrada na Constituição Federal de 1988, art. 226, §7º”. (GONÇALVES, 2015, p. 323, grifo nosso)

Nota-se que a ideia do autor é a de enxergar a filiação no sentido amplo, pela ótica dos filhos e também dos pais, contudo, o que não exclui o fato de ser um elo

entre as partes, igualmente, é importante salientar a respeito de que, alcançado o que verdadeiramente expressa o sentido de filiação, podemos então, chegar ao que a Constituição Federal de 1988 trata como “paternidade responsável” prevista no artigo 226, §7º, da supramencionada legislação.

Fazendo uma analogia com o revogado Código de 1916, podemos compreender que outrora, era legalmente suportada a idéia de distinção da prole, especialmente as geradas fora do liame matrimonial, bem como quanto às provenientes de adoção.

Superada, enfim, o decrépito entendimento que admitia determinada conduta de distinção, de acordo com Farias e Rosenvald (2014) aconteceu a materialização da dignidade da pessoa humana tão almejada pela CF de 1988 que proporcionou, juridicamente, a igualdade entre filhos integrantes do mesmo núcleo familiar.

Discorre os seguintes ensinamentos doutrinários a respeito do tema em análise:

A partir do Texto Maior de 5 de outubro, todos os filhos passaram a ter as mesmas prerrogativas, independente de sua origem da situação jurídica de seus pais (CF, art.227,§6º). Trata-se, sem dúvida, de norma-princípio paradigmática, servindo para eliminar todo e qualquer tipo de tratamento discriminatório (bastante comuns no sistema do Código Civil de 1916, que optou por conferir privilégios ao filho nascido de um casamento). Com isso, afastaram-se também do campo filiatório os privilégios concedidos a uma, ou outra, pessoa em razão da simples existência do casamento. Foram afastadas, em síntese apertada, as discriminações perpetradas contra os filhos de pessoas não casadas. (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p.566)

Entende-se, portanto, que, foi possível derrubar, de uma vez por todas, todo e qualquer tipo de diferenciação remotamente suportada não restando objeção a respeito do assunto.

Transpondo neste momento ao que diz respeito á presunção da paternidade, encontramos na doutrina que leciona sobre o tema, que se trata de uma idéia, inicialmente, hipotética, ou seja, nossa cultura ocidental permite-nos pressupor que toda a prole advinda da união matrimonial pertence a ambos os cônjuges, presumindo-se acima de tudo a fidelidade da esposa.

A respeito do tema em debate, instrui a doutrina:

Não se podendo provar diretamente a paternidade, toda a civilização ocidental assenta a idéia de filiação num ‘jogo de presunções’ a seu turno fundado numa probabilidade: o casamento pressupõe as relações sexuais dos cônjuges e fidelidade da mulher; o filho que é concebido durante o matrimônio tem por pai o marido de sua mãe. E, em conseqüência,

'presume-se filho o concebido na constância do casamento'. E, em consequência, 'presume-se filho o concebido na constância do casamento'. Esta regra já vinha sendo proclamada no Direito Romano: *pater is est quem justae nuptiae demonstrant*. (PEREIRA, 2004, p.315)

Nota-se, no entanto, que tal temática vem sendo debatida ao longo dos séculos, desde o remoto Direito Romano, sendo importante ressaltar que esta presunção, visa como objetivo essencial a preservação da segurança em conjunto com a paz familiar, segundo Gonçalves (2015) evitando-se assim, a atribuição de prole adulterina a mulher casada e a introdução, desnecessária de um receio de infidelidade no seio familiar.

De acordo com os ensinamentos oriundos dos romanos, em linhas gerais, o simples fato do nascimento institui ligação jurídica do filho com a mãe, a este entendimento eles nomeavam de *matersemper certa est*, no entanto, é possível extrair também a idéia de que, se a mãe, for casada, espontaneamente produz o vínculo jurídico paternal, assim dizendo, o pai da criança é o marido da mãe.

A respeito da presunção *pater is est* manifesta-se os pensamentos doutrinários:

O código Civil, no capítulo concernente á filiação, enumera as hipóteses em que se presume terem os filhos sido concebidos na constância do casamento. Embora tal noção não tenha mais interesse para a configuração da filiação legítima, continua sendo importante para a incidência da presunção legal de paternidade.

Essa presunção, que vigora quando o filho é concebido na constância do casamento, é conhecida, como já dito, pelo adágio romano *pater is est quem justae nuptiae demonstrant*, segundo o qual é presumida a paternidade do marido no caso do filho gerado por mulher casada. Comumente, no entanto, é referida de modo abreviado: presunção *pater is est*. (GONÇALVES, 2015, p. 325)

Desta feita, não restam duvidas com relação ao assunto abordado, tornando-se desgastante e em demasia qualquer forma de explanação, tendo em vista a clareza de como o mesmo fora tratado pelo doutrinador.

O Código Civil, em seu artigo 1.597, estabelece as hipóteses em que se presume a paternidade, fala-se a respeito da prole concebida na constância do casamento:

Art. 1597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
I – nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
II – nascidos nos trezentos dias subseqüentes á dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

- III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
- IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes da concepção artificial homóloga;
- V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido; (BRASIL, 2002)

O supramencionado artigo exterioriza as hipóteses de presunção de paternidade, de acordo com o inciso I do dispositivo, compreende-se que, a paternidade do marido com relação aos filhos dar-se-á apenas cento e oitenta dias depois de estabelecida a convivência conjugal, no mínimo. Contudo, de acordo com os ensinamentos doutrinários, infere-se que:

Veja que o comando geral da norma se refere à concepção na constância do casamento, ou se conclui que o legislador acredita que a convivência conjugal – ou seja, a manutenção de relações sexuais do casal – somente se inicia após o casamento, ou se admite uma contradição, consistente em presumir a concepção na constância do casamento e, ao mesmo tempo, admitir que ela poderia ter ocorrido antes dele. Na verdade, ao comentar o dispositivo (idêntico no Código de 1916) Beviláqua já advertira para o fato de que a data do início da convivência conjugal não coincide com a data do casamento, embora tivesse em mente os casos em que a primeira relação sexual não sucede de imediato o casamento-ato, como na hipótese do casamento por mandatário. Ocorre que ela tanto pode não suceder imediatamente à cerimônia do casamento, como pode anteceder-lá, o que torna difícil a definição do termo inicial do prazo de cento e oitenta dias. Na verdade não é baseado na presunção legal que o juiz decidirá eventual lide, mas sim no exame de DNA ou em outras provas que o convencerem. (DONIZETTI; QUINTELLA, 2017, p. 997)

Nota-se claramente o quão desgastado tornou-se o dispositivo a cerca da temática em discussão, destaca a doutrina que o próprio legislador praticamente o transcreveu utilizando-se de legislação já superada há décadas, sendo, pois, incoerente debater tal tema nos tempos atuais.

É entendível que algumas normas e dispositivos legais atravessam gerações, mas, é importante adaptá-las, pois, a sociedade vive em constante transição, e no que diz respeito às decisões judiciais tal norma fora substituída pelo teste de DNA que possui eficácia maior para sanar as lides e possíveis dúvidas envolvendo a paternidade.

Analisando o inciso II do art. 1.597 temos uma dilação maior com relação ao prazo (trezentos dias) com o objetivo de atingir o decurso de uma gestação, pois, é claramente possível que pode ter acontecido a concepção dias antes do rompimento

dos laços afetivos entre o casal. Vale salientar que, tal inciso também fora conservando e transcrito pelo legislador observando ainda o Código de 1916.

Contudo, quando passamos a discutir os últimos três incisos do sobredito artigo, temos que se tratou finalmente (diga-se de passagem), de uma inovação legislativa, pois, trouxe a tona assuntos da contemporaneidade, visando, desta forma, satisfazer os anseios sociais.

A respeito da concepção artificial homóloga e da inseminação artificial heteróloga, emergem ensinamentos advindos da doutrina:

Entenda-se por **concepção artificial homóloga** aquela realizada com material genético de ambos os cônjuges, e por **inseminação artificial heteróloga**, aquela realizada com material genético de terceiro, ou seja, alguém alheio á relação conjugal. (GANGLIANO; PAMPLONA FILHO; 2017; p.1.354, grifo nosso)

Depreende-se acerca do assunto que a concepção homóloga, como o nome sugere, trata-se daquela em que, o casal, utilizar-se-á do material genético de ambos para que se alcance a concepção, já a heteróloga, diz respeito à inseminação utilizando material genético de outrem distante da relação conjugal cuja identidade não deve ser revelada.

Desta feita, de acordo com inciso III do artigo em análise, não se afastará a presunção dos filhos havidos por fecundação artificial homóloga mesmo com o consecutivo falecimento do marido por se tratar de uma questão a posteriori consubstanciada.

Segue o mesmo entendimento quando tratamos do inciso IV que vem a dilucidar a respeito dos embriões excedentários decorrentes de concepção artificial homóloga, extraíndo ensinamentos doutrinários temos que:

Da mesma forma, se tal fecundação se deu com embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga (inc. IV), a presunção também persiste, uma vez que o material genético foi obtido com a participação de ambos os cônjuges. (GANGLIANO; PAMPLONA FILHO; 2017; p.1.354)

Por último, o inciso V tratou dos filhos gerados de uma concepção artificial heteróloga com prévia autorização do marido corroborando a presunção, pois entendeu que este possuía plena consciência do método aplicado, e mesmo que o material genético utilizado, neste caso, não foi o do cônjuge, o mesmo é considerado

o pai, conseguindo assim, finalmente, afastar o remoto pensamento de paternidade somente com estirpe genética.

3.2 RECONHECIMENTO: ELEMENTOS BASILARES, ESPECÍFICOS. AÇÕES FILIATÓRIAS: NATUREZA, LEGITIMIDADE E IMPRESCRITIBILIDADES.

Com relação ao reconhecimento dos filhos, é de notória compreensão que o mesmo transcorre de duas maneiras, o reconhecimento espontâneo ou voluntário (perfilhação) e o reconhecimento judicial.

O reconhecimento voluntário ou espontâneo trata-se daquele que na grande maioria dos casos foge das esferas judiciais, acontece que o reconhecimento espontâneo, em geral, dá-se por ser ato extrajudicial, contudo, está intimamente ligado aos descendentes concebidos externamente ao seio conjugal, pois, subtende-se que os gerados matrimonialmente são filhos de ambos os cônjuges.

“As formas de reconhecimento voluntário aplicam-se especialmente aos filhos havidos fora do casamento, eis que os matrimoniais são presumidamente “filhos do cônjuge””. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO; 2017; p.1.353)

O artigo 1.609 do Código Civil apresenta as formas de reconhecimento voluntário:

Art. 1.609 – O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:
I – no registro de nascimento;
II – por escritura pública ou escrito particular a ser arquivada em cartório;
III – por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;
IV – por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém. (BRASIL, 2002)

Trazendo uma concisa explanação a respeito do supramencionado artigo, observamos que o legislador enfatizou a questão do reconhecimento voluntário vinculado apenas e somente aos filhos havidos fora do casamento, outrora fora dito que o que se consolidou de fato foi à presunção de que os filhos concebidos no seio familiar pertencem a ambos os cônjuges.

No entanto, o anseio do legislador em reafirmar tal presunção, acabara por de certa forma diferenciando a forma de reconhecimento dos filhos, como que se os havidos fora do casamento necessitassem de um reconhecimento especial,

repercutindo, assim, segundo Donizetti e Quintella (2017) de maneira discriminatória.

Já o artigo 1.610 da supracitada legislação aduz que qualquer uma das formas de reconhecimento será considerada sempre irrevogável, no entanto, a doutrina vem elucidar em torno da temática em questão:

“Não se deve confundir irrevogabilidade do reconhecimento com invalidade. Se o reconhecimento decorrer de vício do consentimento (coação) poderá, ser objeto de ação anulatória”. (GONÇALVES, 2015, p. 350). Ou seja, o que o doutrinador buscou esclarecer foi que, mesmo sendo considerado sempre irrevogável, se faz necessário lembrar que tudo no campo jurídico está submetido à minuciosa análise sobre cada caso específico podendo aplicar-se ou não a norma vigente cabível.

É de conhecimento popular que toda regra possui suas exceções, o que não difere do caso em tela, levando em consideração a questão da coação que nos remete a idéia de ameaça ou pressão sofrida por um indivíduo no momento de um ato jurídico. A coação é um dos vícios de consentimento e se funda no desequilíbrio da atuação volitiva, estabelecendo assim, um afastamento entre a vontade real, ou contribuindo para que esta não aconteça, gerando conforme propõe o Direito Civil, se comprovado tal vício, um negócio jurídico passível de anulação.

Os nascituros também podem ser reconhecidos, utilizando o instrumento da escritura pública conforme perfeitamente possível a primeira parte do parágrafo único do art. 1609 do Código Civil:

“Art.1609. Parágrafo único: O reconhecimento pode proceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes”. (BRASIL, 2002)

O legislador trouxe com clareza que tanto o nascituro, como o filho já falecido podem ser reconhecido, este último desde que possua descendentes, pois, houve a preocupação de evitar reconhecimento por mero interesse econômico.

No entanto, faz-se importante evidenciar que, de acordo com o artigo 1614 do aludido código, o filho maior de dezoito anos deve consentir o reconhecimento, já o menor, poderá em um futuro impugná-lo, observando o prazo de quatro anos, seguintes da maioridade ou ainda da emancipação.

Outro ponto polêmico acerca do reconhecimento voluntário é que, de acordo com o artigo 1.611 do Código Civil, o filho havido fora do casamento, e reconhecido

por um dos cônjuges, não poderá habitar no domicílio do casal sem o consentimento do outro.

No entanto, o dispositivo seguinte vem para tentar atenuar o que fora posteriormente debatido:

“Art. 1612. O filho reconhecido, enquanto menor, ficará sob a guarda do genitor que o reconheceu, e, se ambos o reconheceram e não houver acordo, sob a de quem melhor atender os interesses do menor”. (BRASIL, 2002)

Constata-se que se procurou assegurar acima de tudo os interesses do menor para que haja um convívio pacífico de suprema importância em seu desenvolvimento.

É válido salientar que ab-rogou-se a ideia do código anterior onde disciplinava que o filho, mesmo sendo reconhecido por ambos (pai e mãe) deveria permanecer no poder paternal, adequando-se a ordem constitucional, buscando a proteção do menor, devendo o mesmo permanecer onde lhe seja proporcionado uma convivência satisfatória.

Partindo neste momento para análise sobre o reconhecimento judicial, através da doutrina podemos aduzir ensinamentos a respeito:

O filho não reconhecido voluntariamente pode obter o reconhecimento judicial, forçado ou coativo, por meio da ação de investigação de paternidade, que é a ação de estado, de natureza declaratória e imprescritível. (GONÇALVES, 2015, p. 358)

Dessarte, fora possível compreender que, não havendo reconhecimento voluntário, extrajudicial, por livre e espontânea vontade do genitor, o filho não reconhecido, detém a possibilidade de conquistá-la judicialmente mesmo que necessária seja a coação através da ação de investigação de paternidade.

No entanto, é importante frisar que estamos nos referindo ao um direito personalíssimo e indisponível, ou seja, quando falamos de direitos personalíssimos, estamos versando sobre aqueles que são inerentes a dignidade da pessoa humana, com previsão constitucional, contudo, de acordo com o Código Civil, salvo previsão legal, são direitos intransmissíveis e irrenunciáveis, limitando-se, inclusive, a ação do seu próprio titular.

O Estatuto da Criança e do Adolescente o ECA (Lei nº 8.069/90) asseverou em seu artigo 27 sobre a temática em discussão:

Art. 27 - O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça. (BRASIL, 1990)

Apesar de ser uma ação de caráter personalíssimo, a mesma, pode ter como sujeito ativo o próprio filho, também chamado de investigante, ou ainda o Ministério Público que procede neste caso como legitimado extraordinário.

Sobre a atuação do Ministério Público nas ações de reconhecimento judicial e investigação de paternidade, emana os seguintes ensinamentos:

Muito se discutiu a respeito da legitimidade do Ministério Público, argumentando-se que não poderia intervir em uma seara íntima e atinente a um interesse eminentemente particular. Nunca concordamos com essa crítica, na medida em que é de interesse social a busca da verdade da filiação, exercendo, portanto, as Promotorias de Justiça, um relevantíssimo serviço a toda sociedade brasileira. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO; 2017; p.1.359)

Com relação a quem aparece no pólo passivo das ações de reconhecimento judicial é notório que será o possível pai ou ainda os seus herdeiros quando tratado de investigação paterna *post mortem*, ou seja, após a morte do genitor.

Faz-se importante enfatizar que, no mesmo contexto em que se dá a transferência da legitimidade passiva aos herdeiros do de cujus, o artigo 1.606 do Código Civil, buscou alcançar os herdeiros do litigante, ou seja, é indiscutível que a ação é de pertença do filho, no entanto, se o mesmo vier a falecer no decurso da demanda judicial, passara-se-a-la á seus herdeiros, menores ou incapazes, o dispositivo ainda frisa que os mesmos poderão continuá-la, salvo se julgado extinto o processo.

Por outro lado, a supramencionada legislação também assegurou o direito à contestação da ação, dando a qualquer pessoa, comprovada o justo interesse, o poder de contestá-la.

“Art. 1.615. – Qualquer pessoa, que justo interesse tenha, pode contestar a ação de investigação de paternidade ou maternidade”. (BRASIL, 2002)

No que diz respeito ao processo judicial propriamente dito, indubitavelmente o meio de prova que se sobressai como sendo o mais importante, mesmo não havendo exclusão dos demais que outrora sejam apresentados, é o exame de DNA por sua precisão científica.

Quando falamos de exame de DNA decorrente de ação de investigação e reconhecimento de paternidade, devemos esclarecer que o investigado não poderá ser coercitivamente conduzido para realizá-lo, o que assegurou a Súmula 301 do STJ, no entanto, a recusa de realização do teste vem ocasionar a chamada presunção *júris tantum* de paternidade.

Outrossim, já previam os artigos 231 e 232 respectivamente do Código Civil que o sujeito que se nega a submeter-se ao exame não poderá aproveitar de sua recusa e ainda tal recusa poderá suprir a prova que se buscara obter, ou seja, a negação, havendo ordem do juiz em realizar o exame, já basta por si só para presumir a paternidade.

Entretanto, vale salientar que de acordo com a legislação específica que norteia a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento (Lei nº 12.204/2009) em seu artigo segundo, alude que a negativa acaba por gerar uma presunção relativa, pois, será levado em consideração juntamente com a apreciação de todo o conjunto probatório.

3.3 PODER FAMILIAR E GUARDA DOS FILHOS Á LUZ DA MAGNA CARTA DE 1988 E DO CÓDIGO CIVIL DE 2002.

Poder familiar é o poder exercido pelos pais em relação aos filhos dentro do contexto de uma família democrática do regime de colaboração familiar e das relações baseadas, sobretudo, no afeto.

Em nossa codificação material, o instituto do poder familiar encontra-se esculpido entre os artigos 1.630 a 1.638 do Código Civil de 2002. Destaca-se, porém, que, uma parte da doutrina e estudiosos da área tem a preferência pela nomenclatura autoridade parental, constatando uma proposta de alteração das expressões advindas com o estatuto das famílias proposto pelo IBDFAM (PL nº 2.285/2007).

Almejando debruçar de maneira coerente em volta do debate proposto, encontramos na doutrina os seguintes ensinamentos:

Ao se falar em poder familiar, entra-se no estudo das relações jurídicas entre pais e filhos, que não oferecem tantas dificuldades ou problemas como nas relações pessoais. Na verdade, parece que o liame jurídico referido não mantém a importância que outrora relevava, quando o poder do pai, e não do pai e da mãe, sobre o filho era absoluto, a ponto de manter quase uma posição de senhor, com amplos direitos de tudo decidir e impor.

Chegou-se um momento histórico de igualdade praticamente total entre os membros da família, onde a autoridade dos pais é uma consequência do diálogo e entendimento, e não dos atos ditatoriais ou de comando cego. (RIZZARDO, 2019, p.1041)

A precípua intenção na alteração da nomenclatura dá-se pela justificativa que, autoridade parental se coaduna com o princípio do melhor interesse dos filhos, e, ademais, contempla um dos princípios basilares do Direito de Família que é o da solidariedade familiar, afastando a ideia de convívio ditatorial introduzido pelo pátrio poder no código de 16, e incluindo o consenso como o sustentáculo do convívio familiar harmônico.

A autoridade parental é exercida em igualdade de condições pelos pais. Em dispositivo criticável, o Código Civil determina que o poder familiar compete ao pai “durante o casamento e a união estável” (art.1.631). Pelo contrário, o poder familiar é reconhecido mesmo em outras espécies de entidade familiar, já que o instituto não tem relação com o vínculo entre pais e filhos. Nesse sentido, o Código Civil reconhece, no art. 1.632, que “a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos, senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos”. (SCHREIBER, 2019, p. 1.245)

Porquanto, diferente do que acontece, por exemplo, em alguns países europeus, onde a dissolução da união matrimonial pode levar o juiz a declarar apenas um dos cônjuges como titular da guarda filial, no Brasil, em regra, ambos permanecem investidos da autoridade parental sobre os filhos, sendo a guarda unilateral exceção em nosso ordenamento jurídico vigente.

Em se tratando do desacordo entre os pais sobre questões envolvendo guarda dos filhos, emerge o seguinte pensamento:

Em caso de desacordo entre os pais, no exercício da autoridade parental (opções educacionais, religiosas etc.), a legislação assegura o recurso ao Poder Judiciário para a solução da divergência. A solução judicial deve ser reservada às divergências inconciliáveis, já que a vitória judicial de um dos pais não conduz necessariamente à pacificação do conflito no seio familiar. (SCHREIBER, 2019, p. 1.245)

No entanto, a doutrina vanguardista assegura que a melhor maneira de solucionar tal lide é da tentativa de mediação familiar, valendo-se da confidencialidade em conjunto com a imparcialidade com o objetivo de evitar as desgastantes contendas judiciais.

Quando nos deparamos com o debate a respeito do que se refere à guarda dos filhos, temos a unânime consciência que estamos adentrando em uma esfera de extrema sensibilidade e que requer cautelosas posições a seu respeito.

Ora, se haja vista, faz-se necessário contender sobre a guarda da prole, intuitivamente entendemos que aquele núcleo familiar veio a se desfazer ou não chegou a existir, pois, ninguém distancia os filhos da convivência íntima com os pais sem antes também desfazer o vínculo de afeto que os unia em comunhão.

No entanto, o objetivo do tópico em questão não é discorrer sobre o divórcio e seus diversos aspectos, mas sim, averiguando a partir do que prevê o texto constitucional e o Código Civil Brasileiro, como se buscou proteger os filhos afastando-os ao máximo dos efeitos negativos da dissolução familiar.

Dentre os diversos ensinamentos doutrinários que busca conduzir nossa percepção sobre o assunto, analisamos o qual se emprega de maneira concisa no objetivo de prosseguir com a temática em debate.

Quando existem filhos, a dissolução dos vínculos afetivo dos pais não se resolve simplesmente indo um para cada lado. O fim da conjugalidade não afeta nem os direitos e nem os deveres de ambos com relação à prole. O rompimento do casamento ou da união estável dos genitores não pode comprometer a continuidade dos vínculos parentais, pois, o exercício do **poder familiar** em nada é afetado. O estado de família é indisponível. (DIAS, 2016, p. 877, grifo deles)

É axiomático que o fim do vínculo afetivo entre os pais não deve, jamais, alcançar os filhos, outro ponto de importante atenção é que a obrigação e o dever de cuidar não cessam com o rompimento do laço matrimonial.

Historicamente falando, os filhos sempre estiveram sob a proteção e os cuidados da mãe, pois, a idéia de que o pai deveria trabalhar e manter o sustento da casa enquanto a mãe ocupava-se com os afazeres domésticos perdurou em nossa sociedade por séculos a fio.

Contudo, durante a chamada Primeira Grande Guerra Mundial, muitas famílias acabaram por perder os que então eram os patronos do lar no conflito bélico, e neste momento surgiu a necessidade da mulher atuar ocupando outro papel, foi assim que se tem notícia da entrada em massa da figura feminina no mercado de trabalho mundial.

Com os avanços surgidos, se fez importante alçar lutas para que enfim, a mulher conseguisse além de deveres os direitos que lhes eram negados por uma

sociedade de cultura machista e misógina. E assim, o que outrora era apenas dever da mãe, o cuidado dos filhos passa a ser também encargo paternal.

Feito este pequeno apanhado histórico apenas com o propósito de enriquecer o texto e o entendimento sobre o assunto, extraímos da doutrina importantes orientações sobre as mutações sociais em que pesam sobre o cuidado para com os filhos.

Com o ingresso das mulheres no mercado de trabalho e nas esferas de poder, maridos e companheiros foram convocados a participar mais da vida dos filhos. Acabaram descobrindo as delícias da paternidade e passaram a reivindicar maior convívio com a prole, quando da separação do casal. (DIAS, 2016, p. 876)

Com relação à guarda dos filhos no direito brasileiro, fazendo uma analogia ao superado Código Civil de 1916, de acordo com as explicações de Donizetti e Quintella (2017) entendemos que o mesmo suportava a idéia de que os filhos deveriam ficar, após o desquite, com o chamado “cônjuge inocente” ocorrendo posteriores mudanças, mas sempre a guarda permanecendo de forma unilateral, concedida apenas a um dos genitores, restando ao outro apenas o direito de visita.

No entanto, a guarda unilateral que antes era considerada regra, no atual ordenamento jurídico vigente perdeu forças e tornou-se exceção dando lugar ao instituto da guarda compartilhada, aplicado com maior freqüência na contemporaneidade.

De acordo com o que dispõe a legislação vigente entendemos, enfim o conceito de guarda unilateral e guarda compartilhada:

Art. 1.583 §1º: Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua. (art. 1.584, §5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. (Incluído pela Lei 11.698/2008). (BRASIL, 2002)

Não restam dúvidas que as duas formas de guarda sejam suportadas em nosso ordenamento, no entanto, notável a preferência pela modalidade compartilhada, diante disso, extraímos certa desaprovação sobre a primeira espécie de tutela em relação à segunda advindas da doutrina:

Essa tem sido a forma mais comum: um dos cônjuges, ou alguém que o substitua, tem a guarda, enquanto o outro tem, a seu favor, a regulamentação de visitas. Tal modalidade apresenta o inconveniente de privar o menor da convivência diária e contínua de um dos genitores. Por essa razão, a supramencionada Lei n. 11.698/2008 procura incentivar a guarda compartilhada, que pode ser requerida por qualquer dos genitores, ou por ambos, mediante consenso, bem como for decretada de ofício pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho. (GONÇALVES, 2015, p. 292).

A Constituição Federal do Brasil de 1988 assegurou em seu artigo 227 os deveres destinados a família, sociedade e Estado no tocante à vida e segurança das crianças e adolescentes, entre os pontos destacados estão à saúde, educação, lazer, moradia entre outros. Ou seja, não deve ser considerada preferencial, quando observados os fatores para que seja atribuída à guarda unilateral, tendo eles equivalente importância.

O que se deve considerar, de fato, o que melhor irá atender os interesses gerais da criança ou adolescente, não se afastando outros elementos dispostos no art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, e à convivência familiar e comunitária. (BRASIL, 1990)

Vale ressaltar que mesmo com todas as críticas envolvendo a guarda unilateral, e mesmo ela não sendo a mais aplicável, ainda sim é possível conquistá-la, porém, em casos considerados excepcionais e que serão analisados minuciosamente.

A guarda compartilhada é um veículo que viabiliza o exercício conjunto da autoridade parental na medida em que ambos os genitores dividem a responsabilidade das tomadas de vultosas decisões relativas aos filhos menores, juntos, e de forma igualitária.

O divórcio ou a separação fática dos pais não repercute nas regras de atribuições do exercício do poder familiar, que é desempenhado em conjunto com o outro genitor, cuja atividade compreende os aspectos pessoais e patrimoniais relacionados com a prole, mas é preciso indicar qual dos progenitores deverá exercer a guarda física dos filhos, encarregado dos cuidados diários da prole, havendo determinação da Lei n. 13.058/2014 de que também a guarda física dos filhos seja compartilhada entre o pai e a mãe, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que

não deseja a guarda do menor (CC, art. 1.584, §2º). (MADALENO, 2019, p. 772)

Ficou claro que a dissolução da convivência conjugal em nada atingirá os interesses dos filhos, levando em consideração que ambos os pais ainda terão atribuições no que diz respeito ao poder familiar.

O que acontece com o advento do instituto da guarda compartilhada não é o rompimento ou perda da autoridade parental, o mesmo será realizado em conjunto, contudo, apenas um dos genitores será o chamado guardião dos filhos, essa nomenclatura fora utilizada apenas na intenção de estabelecer o local de moradia da criança ou adolescente e quem irá representá-lo judicialmente.

(...) Cabe ressaltar ainda que, segundo o parágrafo primeiro do artigo 1.583 do Código Civil, a responsabilidade dos pais pelos filhos será conjunta na guarda “compartilhada”. A se entender literalmente o dispositivo, isso equivale dizer que, causando o filho um dano a terceiro, este deverá acionar ambos os genitores em conjunto. Não se trata, pois, de responsabilidade solidária, e nem subsidiária; é conjunta mesmo. Na guarda unilateral pura, só o genitor que a detém é responsável pelos danos causados pelo filho menor, a não ser que o *eventusdamnitentha* ocorrido, estando o menor na companhia do outro genitor (...) (FIUZA, 2012, p.1088)

Ademais, será levado em consideração se a rotina familiar virá a proporcionar estabilidade aos menores, se o local é bem estruturado e seguro para moradia, acesso a educação e se o círculo de convivências do responsável é satisfatório. Para certificar-se o magistrado, nesses casos, pode solicitar um estudo social.

Caso o genitor que fora designado como guardião não atender aos requisitos determinados em juízo o mesmo poderá vir a perder sua função na ação conhecida como “Ação de mudança de guardião” sendo a mesma proposta pelo pai quando a mãe for guardiã sendo o inverso verdadeiro.

Cabe evidenciar ainda que a guarda compartilhada não afasta o pagamento de pensão alimentícia, ficando o genitor obrigado a cumprir as obrigações financeiras e alimentares correndo o risco de responder judicialmente caso não o faça.

Por fim, existe ainda a chamada guarda alternada, não admitida em nosso ordenamento jurídico, aqui tratada apenas a título de informação, é aquela em que existe a alternância, de acordo com um determinado período de tempo, de forma exclusiva e unilateral pelo genitor que no momento a detém. Podendo ser este período semestral, anual, mensal ou da maneira que decidido for.

Neste caso, o menor não tem uma residência fixa, tendo o mesmo que mudar de um lado para o outro no tempo predeterminado, essa modalidade de guarda ainda é utilizada em alguns países da Europa e da América do Norte.

4 RESPONSABILIZAÇÃO PARENTAL PELO ABANDONO AFETIVO DO FILHO.

“Amar é faculdade, cuidar é dever”. Min. Nancy Andrighi

O Direito de Família se apresenta como um dos, ou quiçá o mais sensível ramo do Direito, pois, preocupa-se com variados tipos de demandas não alcançadas por outras áreas jurídicas. Partindo desta premissa, sempre buscou satisfazer os anseios sociais, objetivando conduzir ao centro do debate, temas modernos que remotamente não seriam debatidos.

Um exemplo desta contemporaneidade presente é o caso da possibilidade do pagamento de indenização nos casos de abandono afetivo paterno-filial, levando em consideração que a família moderna busca solidez no afeto, sendo determinado sentimento considerado cada vez mais indispensável para uma convivência familiar saudável e harmoniosa, preceitos estes constitucionalmente resguardados.

O presente capítulo trata da responsabilidade civil, observando seus aspectos gerais, entretanto, com um foco especial voltado para a responsabilidade civil decorrente das relações entre pais e filhos, visando não somente a sua compreensão, mas também os possíveis descontentamentos advindos de sua inobservância.

4.1 RESPONSABILIDADE CIVIL: NOÇÕES BASILARES

A responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que nasce com o objetivo de reparar um dano outrora causado quando não observado o dever jurídico originário, em suma, é a obrigação pecuniária de ressarcir um dano causado a outrem, seja ela por ação ou omissão por meio da indenização.

Quando nos encontramos debatendo assunto tão explorado no mundo jurídico, podemos compartilhar ensinamentos que emergem da doutrina: “O direito brasileiro protege as pessoas que sofrem **dano**, impondo ao autor do fato que deu causa ao prejuízo **responsabilidade civil**, a qual faz surgir o **dever de reparação**, também chamado de **dever de indenizar**”. (DONIZETTI, QUINTELLA, 2017, p. 399, grifos deles)

No entanto, existem elementos essenciais trazidos pelo nosso Código Civil de 2002 para dessa forma configurar a chamada responsabilidade civil, elementos esses solidamente expostos nos artigos 186 e 937, in verbis

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (artigos 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. (BRASIL, 2002)

O dano de que se trata o artigo, pode ser aquilo que é ocasionado pelo próprio indivíduo, ou ainda por um terceiro dependente desta relação, conforme expõe Diniz (2015) a obrigação poderá incumbir à pessoa de compensar a lesão, se provocada pela mesma, ou ainda ocasionada de um fato por pessoa ou coisa a quem pertença e seja responsável.

Deste modo temos que a responsabilidade civil é a comprovação de que o indivíduo que teve seu direito ameaçado ou lesionado será reparado, e ainda que o responsável de causar tal lesão seja induzido ao cumprimento de uma sanção para que assim, não retorne a infringir ou ameaçar direitos de outrem.

É importante ressaltar que a responsabilidade civil está atrelada a um conjunto de pressupostos que devem ter conexão entre eles, ou seja, é necessário que aconteça um fato gerador o chamado ato ilícito e a partir deste transcorra o dano para ensejar em demanda uma futura indenização de acordo com a extensão do dano ocasionado.

Determinada ação poderá advir de uma conduta comissiva, ou em outras palavras um fazer, agir, ou ainda ser caracterizada por um proceder omissivo, um deixar de fazer algo. Desta feita, a conduta é uma ação ou omissão humana, possuindo-as natureza ilícita que poderá atingir certo bem jurídico tutelado causando ao lesionado danos e conseqüentemente prejuízos.

Desta forma concluímos que a responsabilidade civil depende de três elementos essenciais: conduta (positiva ou negativa), dano e o nexa causal. É possível extrair ensinamentos doutrinários em torno do tema em discussão.

A depender da forma pela qual a ação humana se manifesta, poderemos classificá-la em:

- a) positiva;
- b) negativa.

A primeira delas traduz-se pela prática de um comportamento ativo, positivo, a exemplo do dano causado pelo sujeito que, embriagado, arremessa o seu veículo contra o muro do vizinho.

A segunda forma de conduta, por sua vez, é de intelecção mais sutil. Trata-se da atuação omissiva ou negativa, geradora de dano. Se, no plano físico, a omissão pode ser interpretada como um “nada”, um “não fazer”, uma

“simples abstenção”, no plano jurídico, esse tipo de comportamento pode gerar dano atribuível ao omissivo, que será responsabilizado por ele. Observe, aliás, que o art. 186 impõe a obrigação de indenizar a todo aquele que “por ação ou omissão voluntária” causar prejuízo a outrem. É o caso da enfermeira que, violando as suas regras de profissão e o próprio contrato de prestação de serviços que celebrou, deixa de ministrar os medicamentos ao seu patrão, por dolo ou desídia. (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2017, p.890)

Observa-se então que necessariamente, o comportamento humano, da forma pelo qual se manifesta, seja ele comissivo ou omissivo, essencialmente deverá interligar-se aos demais elementos, para que assim o instituto da responsabilidade civil seja configurado. Ademais, é necessário aludir em torno de outros componentes fundamentais que integram a ação.

É importante exteriorizar também que, estudiosos da temática em tela, associam a ilicitude, como condição necessária na atuação humana voluntária, a partir disso, aludiu idéias advindas da doutrina no tocante ao tema.

O ato de vontade, contudo, no campo da responsabilidade deve revestir-se de ilicitude. Melhor diremos que na ilicitude há, geralmente, uma cadeia de atos ilícitos, uma conduta culposa. Raramente, a ilicitude ocorrerá com um único ato. O ato ilícito traduz-se em um comportamento voluntário que transgredir um dever. (VENOSA, 2003, p. 22).

O autor destaca que no âmbito da responsabilidade existe, geralmente, um conjunto de atos considerados ilícitos ou condutas consideradas culposas para que se chegue a um denominador comum de necessidade de reparação, sendo, portanto o ato ilícito, o transgressor de um encargo.

Analisando agora sucintamente o segundo elemento da responsabilidade civil, alguns doutrinadores consideram a culpa como sendo um desrespeito de uma obrigação preexistente, contudo, não há uma severa intenção de violar o dever jurídico, o que acontece é que o mesmo acaba por ser violado mediante outra espécie de conduta (Tartuce 2019).

É possível associar a culpa a três elementos jurídicos subjetivos, utilizados também pelo Direito Penal, a que importa saber, sendo eles a imprudência adicionada a ação, que se trata de certa falta de cuidado encontrada no artigo 186 do Código Civil, a negligência, que é novamente a falta de cuidado desta vez associada à omissão e decorre de um deixar de fazer ou agir e que também está esculpida no supramencionado artigo, e por fim a imperícia, que é a ausência de

qualificação do indivíduo no exercício de uma profissão da qual não possui autorização legal para desempenhá-la encontrada no artigo 951 do Código Civil destinada especialmente aos profissionais que desempenham atividade técnica científica.

O que podemos observar é que diferente do dolo, que se apresenta como um descumprimento ou desrespeito intencional que tende a infringir um dever jurídico objetivando lesionar outrem, a culpa surge como algo que acontece em desacordo com o desejo do que a provoca, em geral, uma é intencional enquanto a outra é ocasional, ou seja, acontece inesperadamente.

Quando falamos em dolo, no mesmo momento nos remetemos à lembrança de suas espécies, porém, a doutrina ensina que o Direito Civil, diferente do Direito Penal não o distingue e nem o classifica, no entanto, aduz sobre o assunto objetivando explicá-lo:

Ressalte-se que, para o Direito Civil, não interessa o estudo da classificação do Direito Penal quanto ao dolo e, conseqüentemente, dos conceitos de *dolo eventual*, *dolo não eventual* ou *preterdolo*. Em todos esses casos, o agente deverá arcar integralmente quanto a todos os prejuízos causados ao ofendido. Em suma, presente o dolo, a indenização a ser paga pelo agente deve ser integral. *O princípio da reparação integral dos danos* pode ser retirado do art. 944, caput do CC e do art. 6º, inc. VI, do CDC. (TARTUCE, 2019, p. 518)

Desta feita, não restam dúvidas de que, para o Direito Civil não interessa uma classificação ou diferenciação quanto ao que se configura como dolo, ou seja, se comprovado for que na ação praticada configurou-se a vontade do indivíduo em realizá-la intencionalmente, o mesmo deverá indenizar de maneira integral, não sendo necessário mensurar a gravidade do dolo.

E, finalmente, analisando o último pressuposto da responsabilidade civil como a grande parte da doutrina assim classifica, temos o chamado nexo de causalidade que nada mais é que o elo que liga o fato ilícito com o dano gerado surge com tamanha importância que sem o mesmo não poderíamos falar sobre sanção como o pagamento de indenização.

A respeito do assunto, podemos usufruir ensinamentos que emergem da doutrina com o objetivo de conceituá-lo para melhor compreensão acerca da temática:

Um dos pressupostos da responsabilidade civil é a existência de um nexo causal entre o fato ilícito e o dano produzido. Sem essa relação de causalidade não se admite a obrigação de indenizar. O art. 186 do Código Civil a exige expressamente, ao atribuir a obrigação de reparar o dano aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem. (GONÇALVES, 2019, p. 467).

Observa-se a preocupação do legislador em destacar a importância de um fato gerador estar intimamente ligado ao dano produzido para que assim pudesse configurar a necessidade de reparação, em outras palavras, o que buscou enfatizar foi a importância de conexão entre os acontecimentos que resultasse no dano para não restar dúvidas quanto ao direito e necessidade de pleitear uma indenização com o objetivo de suprir ou reparar o infortúnio.

Em torno do debate sobre responsabilidade civil buscando analisá-la de maneira objetiva e traçando os pontos basilares que a sustentam não se pode abster-se de relatar sobre as duas teorias abraçadas pelo direito brasileiro, a responsabilidade civil subjetiva e a responsabilidade civil objetiva.

A responsabilidade civil subjetiva está estreitamente ligada ao sujeito, o próprio Código Civil em seu artigo 186 buscou destacá-la, em suma temos que a supramencionada legislação adotou a teoria subjetiva: “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. (BRASIL, 2002).

Ou seja, quando nos referimos à negligência, imprudência ou imperícia está se tratando sobre a modalidade culposa, já que na modalidade dolosa o agente demonstra a vontade de praticar o ato ilícito. Vale enfatizar ainda que neste caso, o ônus da prova cabe a quem acusa, resumindo, aquele que pleiteia reparação de um dano, deve provar que o indivíduo tenha praticado o ato, caso contrário, o acusado será considerado inocente por ausência de provas.

No entanto, em se tratando da teoria objetiva, também amparada pelo ordenamento jurídico brasileiro, o ônus probandi é invertido, tal teoria tem muita utilidade, por exemplo, no direito do consumidor, onde o empresário assume o risco da atividade, ou seja, quando o fornecedor de serviços ou produtos entrega determinado objeto com defeito ou algum tipo de vício, ao pleitear na justiça o consumidor não precisa provar que o fornecedor entregou ao empresário aquele produto com algum tipo de imperfeição, ele apenas precisa relatar que o produto

adquirido está com defeito, ou ainda que o serviço contratado não fosse prestado da maneira esperada.

No caso em tela apresentado, quem terá de provar que o produto ou serviço não possui falhas é o fornecedor, não cabendo ao consumidor tal prova, a respeito da diferenciação entre a teoria objetiva e subjetiva, apresentam-se os seguintes elementos essenciais na intenção de sanar possíveis questionamentos que surgem:

A diferença da responsabilidade civil objetiva para a subjetiva não está, portanto, na possibilidade de discutir culpa, mas, sim, na circunstância da culpa ser um elemento obrigatório de ônus de prova, pois, na responsabilidade civil subjetiva (seja de culpa provada ou de culpa presumida), o julgador tem de se manifestar sobre a culpa, o que somente ocorrerá acidentalmente na responsabilidade civil objetiva. (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2017, p.877)

Apesar de a principal distinção entre a teoria subjetiva e a objetiva ser a possibilidade de discutir ou não a culpa, (onde em uma é obrigatória enquanto que na outra acontece apenas de forma esporádica) é importante observar que não fica tal elemento totalmente excluído quando nos encontramos discutindo responsabilidade civil objetiva, entretanto, só ocorrerá por meio de provocação de quem na demanda esta sendo acusado.

“Configurada a responsabilidade civil, surge para o sujeito o **dever de reparar dano** consubstanciado na **obrigação de dar** a indenização”. (DONIZETTI, QUINTELLA, 2017, p. 433, grifo deles).

Depois de confirmada a responsabilidade civil por meio de seus pressupostos, cabe ao autor do dano a obrigação de repará-lo, em outras palavras podemos dizer que a indenização é uma forma de compensação ao sujeito lesado, e que a mesma acontece na modalidade pecuniária ou ainda por meio de uma compensação natural.

Mesmo possuindo as duas modalidades de reparação do dano, a mais freqüente é a que se dá por meio de pecúnia, podendo ser considerados ensinamentos doutrinários em volta do tema:

Embora a obrigação de indenizar possa ser cumprida mediante a reposição pelo devedor da coisa à condição anterior ao evento danoso (reparação natural ou in natura), o mais comum é que tenha a natureza pecuniária e cumpra-se pela entrega ao credor do dinheiro compensador do prejuízo patrimonial e extrapatrimonial sofrido. (COELHO, 2012, p. 413)

No entanto, quando se fala em indenização, é necessário salientar que a mesma depende da observação de alguns pressupostos importantes para se arbitrar o chamado quantum indenizatório, o que na verdade pretende-se evitar é o chamado enriquecimento ilícito, ou ainda, que seja arbitrada uma indenização que não seja suficiente para compensar o dano.

Ou seja, para que se fale em indenização justa, deve-se observar a extensão do dano, a gravidade da culpa e por fim a condição econômica das partes, resumindo, o autor do dano deverá possuir meios financeiros para arcar com a indenização, sendo mais vantajoso aplicar um valor pequeno onde o autor do evento danoso consiga ressarcir a vítima.

Nestes casos, é interessante considerar o binômio bastante discutido no Direito de Família, mas que aqui também se aplica perfeitamente necessidade de quem recebe versus possibilidade de quem dá, o artigo 944 do Código Civil preceitua o pagamento integral da indenização: “Art. 944: A indenização mede-se pela extensão do dano”. (BRASIL, 2002)

Contudo, o que até então fora debatido refere-se especialmente as indenizações que buscam ressarcimento ao dano material, sendo as indenizações ocasionadas por danos morais consideradas as mais difíceis de serem fixadas, devendo-se observar critérios distintos.

4.2 RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES ENTRE PAIS E FILHOS.

No ambiente da entidade familiar, a responsabilidade da prole é de interesse inicial e específico dos genitores, de acordo com o que aduzem os princípios norteadores do Direito de Família e o ordenamento jurídico brasileiro de maneira especial a Constituição Federal de 1988 que se preocupou em dar ênfase ao assunto.

Em suma, temos que além de ser de responsabilidade dos pais todos aqueles elementos essenciais para sobrevivência dos filhos como alimentação, segurança, afeto, educação, saúde entre outros, cabem aos mesmos também a responsabilidade de convivência harmoniosa entre os filhos e os demais coabitantes do lar se houver.

Cabe enaltecer a idéia de que a família é a primeira escola do ser humano, sendo o local onde habita o primeiro edifício educacional, ou seja, é importante que se encontre em um ambiente saudável e com boas relações que refletirão intimamente na criação e, ainda utilizando esta ideia metafórica de ambiente escolar, seriam, portanto, os pais primeiros professores.

Em torno da temática em discussão, surgem preceitos que buscam sanar as objeções existentes: “A relação entre pais e filhos independe do status *familiae* dos primeiros. Estes, em qualquer situação jurídica que se encontrem, devem assistência aos filhos menores e aos maiores incapazes.” (NADER, 2015, p. 418).

A Carta Magna de 1988 não somente amparou, mas também garantiu os direitos destinados aos filhos especialmente dos menores, vale destacar o que leciona o artigo 227 da supramencionada legislação que evidenciou os deveres da família, sociedade e Estado para com os considerados vulneráveis.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988)

A nossa legislação visou promover a observância de garantias fundamentais, e que estas não seriam de obrigação apenas da família, mas também do Estado em conjunto com a sociedade, ou seja, é um dever que se estende a toda coletividade que forma o corpo social.

É possível observar que ao longo de todo o texto dos arts. 226 e 227 presentes na CRFB/88 em seus parágrafos e incisos que o constituinte almejou sanar os anseios da época em relação à proteção da família trazendo um foco especial aos filhos, menores e incapazes, visando à preservação dos direitos daqueles e aplicação de sanção a quem os desrespeitem.

Diante da conjuntura formada, fora possível extrair importantes princípios que surgiram objetivando guiar as demandas processuais familiares, um dos exemplos é o princípio da paternidade responsável, considerado basilar, que codificou a responsabilidade dos pais, tendo início na concepção e estendendo-se até onde justificável e necessário for à assistência aos filhos.

A respeito do tema, estudiosos trazem ensinamentos que buscam solidificar os entendimentos necessários:

No direito brasileiro, o princípio encontra fundamento essencial no art. 227, que estabelece ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar a criança e ao adolescente “com absoluta prioridade” os direitos que enuncia. A Convenção Internacional dos Direitos das Crianças, com força de lei no Brasil desde 1990, estabelece em seu artigo 3.1 que todas as ações relativas aos menores devem considerar, primordialmente, “o interesse maior da criança. Por determinação da Convenção, deve ser garantida uma ampla proteção ao menor, constituindo a conclusão de esforços, em escala mundial, no sentido de fortalecimento de sua situação jurídica, eliminando as diferenças entre filhos legítimos e ilegítimos (art. 18) e atribuindo aos pais, conjuntamente, a tarefa de cuidar da educação e do desenvolvimento. O princípio também está consagrado nos arts. 4º e 6º da Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) (LOBO, 2011, p. 76).

Mesmo estendendo a preocupação do bem-estar das crianças e adolescentes à sociedade e ao Estado, o que exordialmente pretendeu o legislador foi evidenciar que a responsabilidade dos filhos não é de exclusividade dos pais, contudo, os mesmo as possuem de maneira quase que totalitária, restando ao Estado, responsabilizar-se por garantir os direitos inerentes ao mesmo.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) foi criado em 1990 e surge como um marco no avanço e ampliação dos direitos das crianças e adolescentes, solidificando ainda mais o que outrora fora trazido pela contemporânea Constituição Federal, o artigo 19 estabeleceu os cuidados importantes que devem ser observados pelos pais na criação de seus filhos:

É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família, e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral. (BRASIL, 1990)

O dispositivo novamente salientou que é um direito da criança ser criada no seio familiar de origem, e que somente de forma excepcional em família substituta, ou seja, é integral a responsabilidade familiar, não podendo normalmente ser destinada a outrem, devendo apenas ocorrer de maneira esporádica ou em casos específicos.

Ademais, a legislação brasileira codificou também o princípio da proteção ao melhor interesse da criança e do adolescente, que tem como objetivo principal

corroborar a proteção daqueles considerados mais frágeis e vulneráveis na sociedade familiar.

Sobre a discussão do princípio supramencionado, a doutrina expõe ensinamentos necessários a serem observados:

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente é um reflexo do caráter de proteção integral da doutrina dos direitos da criança, bem como decorre também da doutrina dos direitos humanos em geral. Manifesta-se o referido princípio em diversos momentos no que diz respeito a situações jurídicas envolvendo o menor (...) (GAMA, 2008, p. 82)

É possível constatar que a partir do princípio da dignidade da pessoa humana lastreou-se uma série de dispositivos onde notoriamente resta clara a preocupação do legislador em evidenciar a convivência familiar harmoniosa pautada, sobretudo, na construção afetiva e pondo em salvaguarda os direitos dos filhos.

4.3 A POSSIBILIDADE DO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO NOS CASOS DE ABANDONO AFETIVO.

O afeto nos núcleos familiares contemporâneos reconhecidos pela Constituição Federal de 1988 surge como fator primordial para que se alcance um convívio saudável entre seus integrantes, considerado de extrema importância, sem o mesmo, uma gama de princípios fundamentais que regem o Direito de Família restariam prejudicados em sua existência, acarretando transtornos inimagináveis.

Quando um ou ambos os genitores, não cumpre com a sua responsabilidade afetiva a quem deva e necessita, gera o chamado abandono afetivo atualmente muito discutido em praticamente todos os tribunais de família do nosso país.

Por abandono afetivo entende-se a situação em que ao menos um dos genitores deixa apesar do provimento de recursos materiais, de reservar ao filho o necessário amparo emocional e psíquico, por meio de sua companhia e convívio familiar. (SCHREIBER, 2019, p. 1253)

Não restam dúvidas que a família seja considerada um porto seguro na vida de todo ser humano, especialmente em seus primeiros anos de vida, direcionando, aos pais, a responsabilidade integral de seus filhos, e somente sendo transferida a outrem em casos excepcionais.

Ou seja, a paternidade responsável é um dever, gerando assim, simultaneamente, uma série de conseqüências jurídicas, entre elas a plausibilidade

de compensação financeira às vítimas de sua inobservância. É possível dizer que, o abandono afetivo é capaz de causar danos muitas vezes irreparáveis, em torno do debate em tela, a doutrina busca sanar as objeções pertinentes:

A falta de convívio dos pais com os filhos, em face do rompimento do elo afetividade, pode gerar severas **seqüelas psicológicas** e comprometer o seu desenvolvimento saudável. A omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, deixando de atender ao dever de ter o filho em sua companhia produz **danos emocionais** merecedores de reparação. A ausência da figura do pai desestrutura os filhos, que se tornam pessoas inseguras, infelizes. Tal comprovação, facilitada pela interdisciplinaridade, tem levado ao reconhecimento da obrigação indenizatória por dano afetivo. Ainda que a falta de afetividade não seja indenizável, o reconhecimento da existência do **dano psicológico** deve servir, no mínimo, para gerar o comprometimento do pai com o pleno e sadio desenvolvimento do filho. Não se trata de atribuir um valor ao amor, mas reconhecer que o afeto é um bem que tem valor. (DIAS, 2016, p. 165, grifo deles)

É necessário salientar, não se encontra desobrigado aquele pai, que mensalmente, conforme estipulado em lei e acordado judicialmente, venha a arcar de forma material com as suas obrigações financeiras, esquivar-se de acompanhar a vida dos filhos, buscando o fortalecimento afetivo entre os mesmos. Igualmente, abrange também os casos onde mães, por algum motivo, se privam da convivência física de seus filhos, contudo, sendo estes casos considerados raros.

Busca-se uma maior compreensão em torno do debate proposto, com ensinamentos advindos da doutrina:

Foi-se o tempo de os equívocos das relações familiares gravitarem exclusivamente na autoridade do pai, como se ele estivesse acima do bem e do mal apenas por sua antiga função provedora, sem perceber que deve prover seus filhos com muito mais carinho do que dinheiro, de bens e de vantagens patrimoniais. Têm os pais o dever expresso e a responsabilidade de obedecerem às determinações judiciais ordenadas no interesse do menor, como disto é exemplo o dever de convivência em visitação, que há muito deixou de ser mera faculdade do genitor não-guardião, causando irreparáveis prejuízos de ordem moral e psicológica à prole, a irracional omissão dos pais. (MADALENO, 2007, p. 124)

A legislação contemporânea em conjunto com os estudiosos a respeito do tema buscou desalinhar aquele ultrapassado pensamento de que a obrigação dos pais (em especial do pai) apresentava apenas em caráter financeiro, fixando tal idéia ainda mais em casais que se encontravam separados, convivendo muitas vezes a prole com apenas um dos genitores, na grande maioria dos casos com a mãe.

O que a Constituição Federal priorizou também, foi o tratamento igualitário dos filhos, pois, em determinados casos, quando os mesmos ficavam sob a guarda das mães e esta se casava novamente, o padrasto, não reconhecia aqueles enteados como parte integrante de sua família, tratando-os de maneira a excluí-los, causando sofrimento e um convívio conturbado, ferindo o que dispõe o artigo 227, §6º da nossa Carta Magna:

“Art. 227 - §6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, **proibidas quaisquer designações discriminatórias** relativas à filiação”. (BRASIL, 1988, grifos nossos)

Neste mesmo sentido surge a possibilidade do pagamento de indenização nos casos de abandono afetivo com uma sanção para os pais que fogem de sua responsabilidade de prover afeto e cuidado a seus filhos, não interessando se estes foram frutos de um primeiro ou segundo matrimônio. A respeito do dever de cuidar, podemos extrair pensamentos doutrinários:

O descaso entre pais e filhos é algo que merece punição, é abandono moral grave, que precisa merecer severa atuação do Poder judiciário, para que se preserve não o amor ou a obrigação de amar, o que seria impossível, mas a responsabilidade ante o descumprimento do dever de cuidar, que causa o trauma da rejeição e da indiferença. (VILLAÇA, 2004, p. 14)

Outro ponto que se faz necessário enfatizar é que para pleitear uma ação de indenização por abandono afetivo, não importa se os laços afetivos entre o pai e o filho, partes interessadas na demanda, se rompeu ou nunca existiu, sendo, pois ambos os casos considerados relevantes para gerar compensação.

Desta feita, surgiram diversas decisões favoráveis a respeito do pagamento de indenização advindo do abandono afetivo, ainda considerada uma inovação jurídica, que produz debates acalorados nos diversos tribunais de família em todo o país.

Importa salientar que diversos aspectos são observados durante o processo quando o demandante busca o judiciário para pleitear a supramencionada indenização, não importando somente a monetização que pesa sobre a lide, mas sim, objetivando que a sanção proposta alcance o demandado.

O caso pioneiro levado ao conhecimento do poder judiciário aconteceu no ano de 2003 na 2º Vara Cível da Comarca de Capão da Canoa, localizada no estado do Rio Grande do Sul onde, na ocasião, teve como responsável pelo caso o juiz Mário

Romano Maggioni que condenou um pai a pagar a quantia de 200 salários mínimos da época (equivalente a R\$ 48.000,00) á sua filha de nove anos em decorrência de abandono afetivo.

Em um dos trechos da sentença o juiz justificou sua decisão sob a perspectiva do princípio da paternidade responsável:

Por óbvio que o Poder Judiciário não pode obrigar ninguém a ser pai. No entanto, aquele que optou por ser pai - e é o caso do réu - deve desincumbir-se de sua função, sob pena de reparar os danos causados aos filhos. Nunca é demais salientar os inúmeros recursos para se evitar a paternidade (vasectomia, preservativos etc.). Ou seja, aquele que não quer ser pai, deve precaver-se. Não se pode atribuir a terceiros a paternidade. Aquele, desprecaído, que deu origem ao filho deve assumir a função paterna não apenas no plano ideal, mas legalmente. Assim, não estamos diante de amores platônicos, mas sim de amor indispensável ao desenvolvimento da criança. (Rio Grande do Sul, 2003)

Outra importante decisão favorável a respeito do tema surgiu surpreendendo a todos por se tratar de um Recurso Especial – 1.159.242 onde, no julgamento do mesmo, o Superior Tribunal de Justiça modificou o seu entendimento a respeito do pagamento de indenização nos casos do abandono afetivo paterno-filial.

Na ocasião, a Ministra relatora do RESP Nancy Andrighi da 3ª Turma do Tribunal, proferiu a famosa frase para embasar sua decisão em torno da temática discutida: “Amar é faculdade, cuidar é dever”. É importante lembrar que, em ocasiões anteriores, o mesmo tribunal julgou improcedentes pedidos de indenização nos casos de abandono afetivo, sendo, no entanto, tal decisão um marco em nosso ordenamento jurídico.

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.

2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.

3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.

4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.
5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.
6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.
7. Recurso especial parcialmente provido.
(BRASIL, 2014).

Ficou claro que a decisão buscou enfatizar a importância do afeto nas relações filiais, e que este vai além do que geralmente consegue se codificar e exigir em legislação, contudo, está intimamente ligado ao desenvolvimento psicológico e social da criança, podendo a sua inobservância gerar danos irreparáveis.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme o que fora explanado ao longo deste trabalho, se pode observar que a possibilidade do pagamento de indenização em casos de abandono afetivo paterno-filial, ainda é um assunto considerado polêmico em nossa sociedade, contudo, não restaram dúvidas sobre sua relevância e de como a discussão de tais assuntos vem modificando as relações familiares.

O texto constitucional de 1988 é axiomático quando discorre sobre os direitos inerentes as crianças e adolescentes integrantes do grupo familiar, enfatizando também, os deveres dos pais em especial, mas, não excluindo a sociedade e o Estado da observação dos encargos a cada um atribuídos.

Outro ponto abordado foi à importância de uma convivência familiar responsável e harmoniosa para um desenvolvimento social e psicológico saudável das crianças não podendo, no entanto, serem substituídas tais relações pelos deveres pecuniários relativo aos genitores.

Evidenciou-se ainda que, as famílias contemporâneas advindas da Carta Magna de 1988 e do Código Civil de 2002 possuem alicerce no afeto, o que outrora, nas legislações superadas, não possuía relevância jurídica, sendo muitas vezes tal sentimento ofuscado por relações pautadas no extremo respeito e seguidas pela ótica da hierarquia.

Diante do exposto, ficou demonstrado que a possibilidade de pleitear em juízo o pagamento de indenização diante do comprovado abandono afetivo advindo das relações entre pais e filhos, ainda é divergente e depende das interpretações adotadas pelo julgador, restando, com extrema importância o peso dos danos gerados por quem sofrera o abandono e necessitando sancionar a quem de direito devia observá-lo e não o fez.

No entanto, é imprescindível a análise em particular de cada caso que envolva o supramencionado tema para tomadas de decisões coerentes e equilibradas objetivando, principalmente, o seu cumprimento para que não possibilite ao demandante esquivar-se de suas responsabilidades.

A temática aqui discutida encontra respaldo principalmente nos princípios da paternidade responsável, no melhor interesse da criança e adolescente que estão intimamente ligados ao princípio basilar da Constituição Federal de 1988 o princípio da dignidade da pessoa humana, ou seja, a inobservância e o desrespeito ao que

leciona tais princípios ferem diretamente o nosso ordenamento jurídico, sendo assim, comprovados, diante dos fatos apresentados os danos gerados da inexistência afetiva, a positiva prestação pecuniária como indenização decorrente do abandono afetivo paterno-filial.

REFERÊNCIAS

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. A criança no Novo Direito de Família. In: WELTER, Belmiro; MADALENO, Rolf (Coord.). **Direitos Fundamentais do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Jornal do Advogado**. São Paulo, 2004.

BRASIL. **Constituição de 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 de out. de 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 14 de out. de 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 14 de out. de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência em Recurso Especial 1159242/SP**. Relator: Min. Marcos Buzzi; Relator para Acórdão: Min. João Otávio de Noronha. DJe: 23/05/2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1159242&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 03 de nov. de 2020.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 5.

DONIZETTI, Elídio; QUINTELLA, Felipe. **Curso Didático de Direito Civil**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. v. 6.

FIUZA, César. **Direito Civil: Curso Completo**. 15.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. volume único.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 3.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.v. 6.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: volume único**. São Paulo: Saraiva, 2017.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira de. **Princípios Constitucionais de Direito de Família: Guarda compartilhada à Luz da Lei 11. 698/08, Família, Criança, Adolescente e Idoso**. São Paulo: Atlas, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.v. 4.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.v. 4.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.v. 6.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.v. 6.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. 5.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, v. 5.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Processo nº 1.030.012.032-0**. Juiz de Direito: Mario Romano Maggioni. 2003. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2004-jun-18/pai_pagar_indenizacao_abandono_filha#:~:text=Car%C3%AAncia%20afetiva&text=A%20decis%C3%A3o%20foi%20tomada%20pelo,est%C3%A1%20em%20fase%20de%20execu%C3%A7%C3%A3o. Acesso em: 07 de nov. de 2020

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de Direito Civil Contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, v. 2.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, v. 5.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: família**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017, v. 5.