

O CUMPRIMENTO DO DEVER CONSTITUCIONAL DE ASSISTÊNCIA E AMPARO JURÍDICO ENTRE PAIS E FILHOS NO CONTEXTO JURÍDICO BRASILEIRO

Dhanyelly Brito Bitencourt¹
Olivia Alaide Soares Luz Caparroz²

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo analisar o artigo 229 da Constituição Federal de 1988, no tocante o dever de assistência dos pais em relação aos filhos e dos filhos em relação aos pais, em situações em que ocorre o abandono afetivo por parte dos pais. Pretende-se analisar se a filiação se a filiação afetiva deve sobrepor-se à biológica ou registral em situações de abandono afetivo, e se este último pode desvincular o dever de cuidado filial na velhice dos pais. Por meio de consulta teórica em obras e documentos eletrônicos, e análise da jurisprudência, incluindo estudo de um caso prático, pretende-se com esse estudo propor eventuais alterações legais que possam aprimorar a proteção dos direitos envolvidos.

Palavras chaves: Abandono, Família Afetiva, Família biológica, Filiação.

ABSTRACT: The present work aims to analyze article 229 of the 1988 Federal Constitution, regarding the duty of assistance of parents in relation to their children and of children in relation to their parents, in situations in which emotional abandonment occurs on the part of the parents. The aim is to analyze whether affective affiliation should take precedence over biological or registry affiliation in situations of emotional abandonment, and whether the latter can separate the duty of filial care in the parents' old age. Through theoretical consultation on electronic works and documents, and analysis of jurisprudence, including the study of a practical case, the aim of this study is to propose possible legal changes that could improve the protection of the rights involved.

Key-words: Abandonment, Affective Family, Biological Family, Affiliation.

¹ Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário Cidade Verde - UniCV

² Mestre e Docente do Curso de Direito do Centro Universitário Cidade Verde - UniCV

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objeto a investigação das dinâmicas familiares e os laços afetivos, questionando o conceito estabelecido em nossa Constituição Federal onde impõem no art. 229 aos pais o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

É possível o comando Constitucional obrigar um indivíduo a cuidar de pais idosos que foram ausentes na promoção da assistência financeira, moral e educacional do durante sua menoridade?

A reflexão central deste estudo é a necessidade de analisar as famílias tanto biológicas quanto afetivas. Deve-se ponderar se deve prevalecer o vínculo sanguíneo ou o afetivo. Pode uma relação consanguínea não gerar afeto? E, inversamente, uma relação afetiva justifica a obrigação mútua de assistência entre pais e filhos? Em conflito de direitos entre paternidade/maternidade biológica e afetiva, qual deve ter primazia?

Portanto, apresenta-se ser crucial examinar se o abandono afetivo e material dos pais é justificativa para desobrigar os filhos dos cuidados e amparo dos pais na velhice.

Este estudo utilizará o método teórico-histórico para analisar as construções sociais ao longo do tempo, com base em pesquisa bibliográfica em diversas fontes, incluindo direito, legislação nacional, projetos de lei, entre outros. Pretende-se demonstrar que a imposição legal do artigo 229 da Constituição Federal pode ser considerada inconstitucional por não considerar a complexidade das relações familiares contemporâneas, que se baseiam no princípio da afetividade.

2. AFINAL, O QUE É FAMÍLIA?

Por isso, dizer o que a família representa para o direito significa muitas vezes ignorar diversos aspectos sociais importantes que definem a família, mas que não se encaixam facilmente nas leis estabelecidas.

“Não sei o que é, mas reconheço quando a vejo”¹ Assim é a família, embora seja algo difícil de ser conceituada, todos reconhecem quando veem uma (Stewart, Potter juiz da Suprema Corte Americana, em 1954)

O jurista português Guilherme Braga da Cruz conceitua família como “Conjunto de pessoas que estão entre si ligadas pelos vínculos de casamento, parentesco e afinidade, e,

ainda, nos países que a aceitam, pela adoção” (CRUZ, Guilherme Braga. de Direito de família.2.ed., Coimbra: Coimbra Editora,1942, v.1,p.1)

Etimologicamente, família vem do vocábulo latino *Famulus*, significando escravo ou servo. Esta ideia tem como origem o fato de as relações familiares serem configuradas por ideia de posse e obediência, figurando a mulher obedecendo ao marido e os filhos pertencendo a seus pais, a quem deviam a vida, com estes tendo direito absoluto sobre quem geraram. (OLIVEIRA, Eliana Maria Pavan de, SANTANA, Ana Cristina Teixeira de Castro.)

Por muito tempo a família foi considerada uma instituição merecedora de proteção em razão dela mesma. Um fim em si mesmo. Onde parte da ideia do direito romano, onde o homem devia a vida a sua família, não bastando meros invólucros da lei. Daí surgem expressões como paz familiar, segurança familiar, ordem familiar. Seus corifeus defendiam a família pela família, como uma entidade, um ente despersonalizado, merecedor de defesa intransigente do Direito. (TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.326)

Assim, a família passa a ser o lugar dos afetos, da formação social e cultural onde se pode nascer, amadurecer e desenvolver os valores da pessoa humana, enfim, o local ou ninho onde a pessoa possa efetivamente ser. Um autêntico habitat do ser humano em sua singela complexidade.

Assim, podemos perceber como a família vem sendo alterada ao longo dos anos, onde ideias e fatos surgem. Destaca-se ainda a figura masculina é a fonte hierárquica de toda esta cadeia familiar, apreciamos no tópico esta figura familiar para contextualizar os diferentes tipos de afetividades presentes e qual o prevalecente.

2.1 FILIAÇÃO, AFETIVA OU REGISTRAL?

A família já não é mais a mesma desde o início deste novo século, não se definindo em um triângulo clássico: pai e mãe casados e seus filhos biológicos.

Possuindo atualmente diversos moldes, cedendo lugar a noção de filiação advinda do afeto, de paternidade social, biológica ou não, oriunda de casamento ou não.

Não importa o lugar que o indivíduo ocupe, basta apenas o sentimento de se sentir realizado em seu convívio afetivo.

Cumpre-se ainda destacar a existência de duas primícias ao se tratar da filiação: de um lado existe a verdade biológica, denominada como absoluta, comprovável por meio de exame laboratorial que permite afirmar, com certeza praticamente absoluta, a existência de

um liame biológico entre duas pessoas, um vínculo consanguíneo, de outro lado existe outra primícia, há uma verdade que não mais pode ser desprezada: o estado de filiação, que decorre da estabilidade dos laços, do vínculo afetivo, da atribuição da paternidade ou maternidade, seja ela consanguínea ou não. (Dias, Maria Berenice)

Assim, entende-se que filiação contemporânea não se dá somente por vínculos sanguíneos, mas também por meio de vínculo afetivo.

Ou seja, o simples fato de registrar aquele indivíduo não caracteriza um vínculo de fato, devendo ser levado em consideração apenas o vínculo afetivo.

Observando os fatos narrados é certo que a relação não consanguínea cria laços entre indivíduos de todos os lugares, pois muito das vezes de fato o ser humano é acolhido de forma inimaginável por outras pessoas que fogem do seu seio familiar, de modo que a afetividade entre estes indivíduos causa grandes impactos no cotidiano, assim analisaremos a seguir este Princípio da afetividade e seus impactos no indivíduo.

2.2 O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE E SEUS IMPACTOS

O princípio norteador dentro do direito de família contemporâneo é o princípio da afetividade, por tratar-se de princípio constitucional implícito. Neste seguimento, Lôbo 2012 explica:

O princípio da afetividade especializa, no âmbito familiar, os princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da solidariedade (art. 3º, I), e entrelaça-se com os princípios da convivência familiar e da igualdade entre cônjuges, companheiros e filhos, que ressaltam a natureza cultural e não exclusivamente biológica da família. (Souza, Lobô. 2018, p. 12)

Observa-se que o princípio da afetividade tem ganhado espaço nas relações familiares e assim, impactando de forma direta a aplicação do direito, haja vista que na atual conjuntura, a família patriarcal não é mais a única possibilidade de entidade familiar

De modo que a violação de tal princípio impõe o possível dever legal para que seja indenizado, um exemplo disso é o abandono afetivo, tema este que abordaremos ao decorrer deste estudo.

Subentende-se que o elemento primordial para que seja mantido a estabilidade familiar e igualitária é o laço afetivo criado. Sendo assim, o menor criado por alguém que

ocupará o cargo paterno ou materno possuindo assim um laço afetivo, quem ela priorizará na velhice, a relação registral ou a afetiva?

É notório como o indivíduo evoluiu nos últimos anos em decorrência da titulação familiar e acrescentou no continuado a existência dessa filiação afetiva em razão do abandono, mas será que somente as pessoas mudaram?

No tópico a seguir podemos observar como a lei e a constituição evoluíram no contexto familiar nos últimos anos.

2.3 PRINCIPAIS MUDANÇAS DA CONSTITUIÇÃO ATÉ A ATUALIDADE

A evolução histórica do direito de família, da antiga constituição até a atual, trouxe bruscas mudanças sociais culturais e principalmente jurídicas ao decorrer do tempo.

Na constituição de 1967, o direito de família refletia uma estrutura familiar extremamente conservadora e patriarcal, com culturas aprofundadas.

Entre estas raízes aprofundadas havia uma hierarquia familiar baseada no patriarcado na postura do homem ser o chefe e detentor do poder decisório, assim, a esposa e filhos estavam submissos a esta autoridade, não possuindo autonomia sobre suas próprias vidas e bens.

Na constituição de 1916, detalhada sobre os direitos e deveres do cônjuge, bem como relações de filiação e herança, época está que o casamento era considerado indissolúvel perante a lei, ou seja, perante a lei era impossível esta dissolução. E em casos extremos, era possível obter uma separação judicial, mas o vínculo marital permanecia.

A Constituição Federal de 1988 introduziu temas importantes no direito de família, reconhecendo princípios fundamentais, entre eles, a igualdade entre homem e mulher e a proteção da dignidade humana.

Ressalta-se que com o reconhecimento da igualdade dos gêneros influenciou o direito de família, levando a uma nova abordagem em razão de direitos e obrigações entre os cônjuges, reconhecendo ainda a união estável como uma entidade familiar, protegendo-a. Além de reconhecer a importância à proteção dos direitos das crianças.

Houve ainda, diversas mudanças legislativas e jurisprudenciais que moldaram ainda mais o direito de família, entre eles estão: a lei do divórcio, o reconhecimento de novas formas de família, incluindo famílias monoparentais, família formada por pessoas do mesmo sexo e recompostas.

Outra importantíssima mudança que a CF/88 trouxe foi a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990) de modo que estabeleceu os direitos fundamentais de crianças e adolescentes, influenciando questões sobre pensão alimentícia, visitação e guarda.

Essa evolução histórica mostra como o direito de família no Brasil foi se adaptando às mudanças sociais, culturais e jurídicas, abandonando a rigidez patriarcal e conservadora em favor de uma estrutura mais inclusiva e protetora para todos os membros da família. Mas diante do abandono será que de fato já não deveria ser desconstitucionalizada este artigo da constituição?

3 O ABANDONO AFETIVO

Infelizmente no Brasil o abandono é algo frequente na maior parte da população, onde ainda são abandonados na infância e muito das vezes crescem sem uma figura paterna ou materna.

Porém em alguns casos em que a pessoa que possui a guarda do menor, acaba se relacionando novamente, criando assim laços com a atual figura, normalmente paterna.

Hoje contamos com um rol de variedades de famílias reconhecidas pelo direito civil brasileiro, com características peculiares que servem de parâmetro para sua classificação. Dias (2015, p. 40) denomina essas novas famílias de plurais e sobre elas preceitua:

Sempre que se pensa em família ainda vem à mente o modelo convencional: um homem e uma mulher unidos pelo casamento, com o dever de gerar filhos. Mas essa realidade mudou. Hoje, todos já estão acostumados com famílias recompostas, monoparentais, homoafetivas e permite reconhecer que seu conceito se pluralizou.

Além dos divórcios, também existem os relacionamentos fugazes que duram pouco tempo e não envolvem sentimentos duradouros. Nesses casos, as pessoas não têm interesse em formar uma família ou se casar.

No entanto, desses relacionamentos podem surgir filhos que, devido ao divórcio ou à falta de casamento (resultado de um relacionamento rápido, por exemplo), acabam convivendo apenas com um dos pais, encontrando-se ocasionalmente com o outro. Vários fatores contribuem para afastar os filhos da convivência com um ou ambos os pais.

A ausência de um dos genitores é tratada com tanta seriedade e vista como dantesco prejuízo à criança, que a alienação parental se tornou crime, passando a ser regulada pela Lei nº 13.431/2017, em vigor desde abril de 2018. considera os atos de alienação parental como violência psicológica e assegura ao genitor alienado o direito de pleitear medidas protetivas contra o autor da violência.

Percebemos então, que o afastamento pode ser vontade própria ou por imposição do outro genitor. É em casos como esse ou outros em contexto diverso que surge o abandono afetivo, termo que pode ser compreendido como o distanciamento entre pais e filhos alimentado pela falta de cuidado, educação, companhia e afetividade à prole. Situação que demanda atenção e preocupação por parte do direito.

Fica evidente que a obrigação de participar da vida do filho se estende a ambos os genitores, devendo estes participar efetivamente da vida da criança, adolescente ou jovem, no tocante às mais diversas esferas. Obrigando-os à convivência entre pais e filhos, oferecendo toda e qualquer assistência resultante dessa relação.

É indiscutível que a legislação brasileira, responsável por tratar do cuidado aos filhos por parte dos genitores, defende a ideia da proteção e participação integral na vida na prole. Observamos, com base em dispositivo da Carta Magna citado anteriormente, que a família, a sociedade e o Estado são responsáveis por oferecer a afetividade. O Estatuto da Criança e do Adolescente lhes garante o direito a serem criados e educados no seio de sua família.

Além das normas já existentes, há um Projeto de Lei do Senado, nº 700, de 2007, remetido à Câmara dos Deputados em 2015, que pretende modificar o Estatuto da Criança e do Adolescente para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal, e dá outras providências. Caso seja aprovado, o ECA passa também a abarcar o art. 232 – A, que prevê pena de detenção de um a seis meses para o genitor que deixar, sem justa causa, de prestar assistência moral ao filho menor de dezoito anos, prejudicando o desenvolvimento psicológico e social.

3.1 RELATO PESSOAL

Existem inúmeros casos de pessoas que sofreram a ausência da figura paterna ou materna desde pequena, inclusive, muitas das vezes no nosso próprio âmbito familiar. Abaixo será decorrido um relato que aconteceu com parentes próximos.

Em minha família inclusive ocorreu, minha tia engravidou e ao anunciar a gestação ao genitor não foi da maneira imaginada a sua reação. Na realidade ela descobriu que toda sua história com ele era uma mentira, pois ele era casado e morava em outra cidade. O genitor após o seu nascimento a registrou, mas apresentava ela para as outras pessoas como afilhada ou sobrinha. Anos após minha tia vem a falecer e o genitor abre a mão da guarda para os avós e se muda de cidade. O tempo passou e ele nunca se fez presente nem na vida desta criança, tampouco com pensão para sua subsistência. Esta figura paterna tão necessária para o desenvolvimento desta criança foi suprida pelo avô e tio materno, sendo o sentimento de pai por ambos os presentes até hoje, pois foram eles que supriram este papel nas datas importantes em sua vida.

Agora na velhice, este genitor que nunca quis contato com a filha, a procura, pois, se arrepende do tempo perdido, porém como uma filha que nunca teve contato de fato com o genitor terá carinho e vontade de conciliar-se um “pai” que nunca fez questão de uma filha?

É notório os princípios impostos pela constituição e sua relevância para a sociedade, mas, ao analisar o Art. 229 da Constituição Federal existe uma divergência entre esta imposição e a realidade.

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Evidencia-se que no caso exposto, a criança que foi deixada por este genitor, jamais deixará de dar preferência para o vínculo afetivo que a criou, para dar lugar ao vínculo sanguíneo que não se fez presente

Convém ressaltar que, como pode a Constituição em toda sua imponente social, prevalecer ainda um princípio que não foi iniciado corretamente, e ainda, esta ausência deveria ser responsabilizada.

3.2 RESPONSABILIDADE CIVIL

Quanto à responsabilidade civil, resta-nos entender que o abandono afetivo gera diversos danos no menor abandonado, mas será que estes danos são passíveis de reparação, ou melhor, de responsabilidade civil? Para responder esta pergunta é necessário analisarmos dados causados pela ausência do pai ou da mãe.

Para melhor compreensão, é de suma importância conhecermos o conceito de responsabilidade civil. Quanto a isso Venosa (2013, p. 22) nos explica:

A responsabilidade civil leva em conta, primordialmente, o dano, o prejuízo, o desequilíbrio patrimonial, embora em sede de dano exclusivamente moral. O que se tem em mira é a dor psíquica ou o desconforto comportamental da vítima. No entanto, é básico que, se não houver dano ou prejuízo a ser ressarcido, não temos porque falar em responsabilidade civil: simplesmente não há porque responder. A responsabilidade civil pressupõe um equilíbrio entre dois patrimônios que deve ser restabelecido.

Cumpra ainda destacar que o abandono afetivo é tão prejudicial quanto o abandono material, visto que a ausência material pode ser superada com muito trabalho, entretanto, a ausência afetiva corroí os princípios, deixa a criança com o sentimento de que não foi vivido aquilo que era esperado. Uma família estruturada é a base de uma sociedade, comumente, a falta de estrutura caminha para o desequilíbrio social.

Não que seja de extrema importância manter os pais dentro de casa, ou obrigá-los a amar ou a ter envolvimento afetivo contra sua própria natureza, mas é de fundamental valoração a manutenção dos vínculos com os filhos e a sua ausência pode desencadear prejuízos muitas vezes irreparáveis ao ser humano em constituição.

Comprovados os possíveis danos causados a filhos que cresceram tendo que lidar com a ausência de pais, podemos finalmente falar sobre a responsabilidade civil desses pais omissivos e da indenização por parte deles a filhos que se consideram lesados em razão do abandono afetivo.

A prestação afetiva, está agregada às obrigações paternas e maternas. Se a lei impõe a assistência afetiva e amorosa aos filhos e essas não são efetivadas, é notório que houve desobediência à norma e dano ao detentor do direito – os filhos.

Neste caso, não há de se discutir sobre a não possibilidade de aplicação de indenização. Claro é que que se houve dano, há responsabilidade civil e, conseqüentemente, reparação por indenização.

Diante do panorama demonstrado, percebe-se que o abandono afetivo pode sim ser considerado ato ilícito, já que o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código Civil e própria Carta Magna estabeleceu que todos tem direito à convivência no seio familiar. Desta forma, ao entrar com pedido de indenização por abandono afetivo, resta comprovar os danos que esse porventura causou.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tantos fatos expostos ao longo deste estudo, é notório que a figura paternal é fundamental para o desenvolvimento psicológico e íntegro do indivíduo ao longo de sua criação, sendo muito das vezes este papel de exemplo, alguém do seu âmbito afetivo, seja ele avôs, tios, padrasto.

Nota-se que predominantemente prevalecera o vínculo afetivo sobre o sanguíneo daquele que não se fez presente ao decorrer da vida, embora seja valorizado o vínculo biológico, a conexão que as pessoas possuem em seus vínculos afetivos é o que de fato define. Está perspectiva reconhece a diversidade de configuração familiar e enfatiza a importância de criar o menor em um ambiente de apoio e carinho, independente de parentesco biológico.

Ao priorizar o vínculo afetivo sobre o sanguíneo, promove-se uma compreensão inclusiva e compassiva de família, baseada no amor e aceitação mútua, assim, não haverá traumas futuros para este menor quando necessário cuidar dos seus pais, pois será uma troca recíproca daquilo que ele recebeu.

Ressalta-se ainda, devido a rigidez constitucional fica limitado a capacidade do legislador de promover mudanças necessárias e adequadas, além disso a manutenção deste tema pode dificultar a harmonização com outros aspectos do ordenamento jurídico, entretanto é evidente esta mudança necessária de revisão constitucional para que busque equilíbrio entre a estabilidade do sistema jurídico e flexibilize para que se torne eficaz em razão das mudanças sociais.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, M. M. **Introdução à metodologia do trabalho científico**: elaboração de trabalhos na graduação. São Paulo, SP: Atlas, 2010.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 fev. 2024.

CRUZ, Guilherme Braga. **Direito de família**. 2.ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1942, v.1, p.1, apud Azevedo, Álvaro Villaça. Família (Direito Civil). In: FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.) Enciclopédia Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, v. 6, 1997, p.261

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9.ed.rev. , atual e ampl. De acordo com: Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens); Lei 12.398/2011 (direito de visita dos avós). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.33.

DIAS, Maria Berenice. **Multiparentalidade: uma realidade que a justiça começou a admitir** Tese de doutoramento disponível em: <https://berenedias.com.br/multiparentalidade-uma-realidade-que-a-justica-comecou-a-admitir/> Acessado em 10 de jun. 2024.

LÔBO, Paulo. Direito ao estado de filiação e direito á origem genética: **uma distinção necessária**. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.) Temas atuais de direito e processo de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris,2004, p. 324.

OLIVEIRA, Eliana Maria Pavan de, SANTANA, Ana Cristina Teixeira de Castro. **Paternidade socioafetiva e seus efeitos no direito sucessório**. Revista Jurídica UNIARAXÁ, Araxá, v. 21, n 20,p. 87-115, ago. 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 3v. p. 16 -7.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Reconhecimento da paternidade e seus efeitos**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 7.

TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.326

WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre filiação biológica e socioafetiva**. São Paulo: Revista dps Tribunais,2003, p.265