

**XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO
CONPEDI BUENOS AIRES –
ARGENTINA**

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO I

DANIELA SILVA FONTOURA DE BARCELLOS

ROSÂNGELA LUNARDELLI CAVALLAZZI

WILLIAM PAIVA MARQUES JÚNIOR

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito Civil Contemporâneo I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Daniela Silva Fontoura de Barcellos; Rosângela Lunardelli Cavallazzi; William Paiva Marques Júnior. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-760-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Derecho, Democracia, Desarrollo y Integración

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito civil. 3. Contemporâneo. XII Encontro Internacional do CONPEDI Buenos Aires – Argentina (2: 2023 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO I

Apresentação

A presente coletânea é composta dos trabalhos aprovados, apresentados e debatidos no Grupo de Trabalho: “Direito Civil Contemporâneo I”, no âmbito do XII Encontro Internacional do CONPEDI, realizado entre os dias 12 a 14 de outubro de 2023, na cidade de Buenos Aires /Argentina, na Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires (UBA), e que teve como temática central “Derecho, democracia, desarrollo y integración”.

Os trabalhos expostos desenvolveram de forma verticalizada diversas temáticas atinentes ao Direito Civil Contemporâneo, especialmente na relação dialogal com os Direitos da Personalidade, as novas tecnologias e a consequente Democratização do Direito Civil. As pesquisas ora apresentadas funcionam como canais indispensáveis nos debates e propostas das pendências existentes nos campos indicados e na busca de soluções efetivas para as problemáticas indicadas.

Bruna Dezevecki Olszewski e Dirce do Nascimento Pereira abordam o contexto de superexposição de crianças nas redes sociais pelos pais – fenômeno conhecido como *sharenting* – caracterizado pelo compartilhamento de imagens, dados ou informações relacionadas aos filhos ainda em tenra idade, no âmbito da Internet. Com isso, o estudo centra-se na problemática relacionada à colisão de direitos fundamentais, especificamente relacionados à liberdade de expressão dos pais para publicarem o que bem entenderem, em contraponto ao direito de imagem da criança, considerando a necessidade de lhe conferir proteção integral.

William Paiva Marques Júnior investiga os desafios impostos ao Direito Civil Contemporâneo a partir da positivação do princípio da boa-fé objetiva, que incluiu o paradigma da eticidade. Nesse contexto, a boa-fé objetiva surge como elemento instrumental em todos os ramos civis atuando como elo entre os fenômenos da Ética e do Direito, especialmente em matéria de Direito dos Contratos. Objetiva-se analisar a função instrumental da boa-fé, contemplada pelo Código Civil de 2002, no campo do Direito Contratual, a irradiar os seus efeitos nos aspectos obrigacionais, familiares, sucessórios e patrimoniais (incluindo a responsabilidade civil).

Matheus Pasqualin Zanon , Aline Hoffmann e Paulo Roberto Ramos Alves refletem sobre a evolução das estruturas familiares na democracia, revelando uma relação complexa entre mudanças nas famílias e os princípios democráticos. Diferentes modelos democráticos moldaram as políticas de direito de família, com abordagens inclusivas reconhecendo e protegendo diversas formas familiares. Movimentos sociais, como os de direitos LGBTQIAP+ e igualdade de gênero, impulsionaram essas mudanças, enquanto a democracia respondeu a essas demandas por meio de legislações progressistas. No entanto, desafios persistem, como desigualdades entre grupos familiares. A relação é recíproca: as mudanças familiares influenciam a democracia e vice-versa. A compreensão da diversidade familiar e a proteção dos direitos fundamentais sob princípios democráticos são cruciais para o entendimento da sociedade. Enquanto as sociedades continuam a evoluir, esta interseção entre democracia e estruturas familiares permanecerá vital para promover igualdade, justiça e direitos humanos em nossa complexa e variada paisagem social, visto que a família é a primeira sociedade em que o sujeito está inserido.

Fabricia Moreira Rodrigues Mescolin investiga a aplicabilidade do princípio da solidariedade familiar como comando normativo, capaz de impor deveres prestacionais a cada filho, com a intenção de tornar uniforme a divisão dos cuidados entre os irmãos. Com a chegada da velhice, surge o problema da dependência, necessitando o idoso da ajuda para alcançar a satisfação das suas necessidades. Aos filhos maiores, incube o dever jurídico normativo de amparar seus genitores na velhice, estabelecido na segunda parte do artigo 229 da Constituição Federal de 1988. Dever esse, que, por vezes, é esquecido e violado por alguns filhos, que se omitem na participação dos cuidados ao idoso genitor dependente de assistência. Essa omissão gera um desequilíbrio na divisão dos cuidados entre os filhos, e, conseqüentemente, sobrecarrega o(a) filho(a) que cuida sozinho(a) do seu genitor. Essa sobrecarga sugere uma situação de evidente risco de exaustão, com possíveis conseqüências para a saúde física e mental desse(a) filho(a) cuidador(a).

Rafael Albuquerque da Silva e Elane Botelho Monteiro alertam sobre o direito à moradia no âmbito das relações privadas, em especial com a consagração do direito real de habitação por força de lei, expressamente previsto no Código Civil de 2002. Invocando a eficácia horizontal dos direitos fundamentais sociais, a pesquisa defende a possibilidade do direito real de habitação ser estendido ao filho com deficiência, tendo em vista a consagração do princípio da vedação do retrocesso social, que no caso seria aplicado diante da inclusão da referida previsão pouco antes do advento da lei civilista atual, que por sua vez não previu igualmente.

João Delciomar Gatelli , Taciana Marconatto Damo Cervi e Janete Rosa Martins tratam da viabilidade do emprego das novas tecnologias na sucessão testamentária. A temática dos meios eletrônicos e sucessão testamentária possibilitou a elaboração de um problema específico envolvendo o instituto do testamento, ou seja, se é possível, em um futuro próximo, o uso dos meios eletrônicos nos testamentos ordinários. Na busca de uma resposta ao problema levantado, partiu-se de uma hipótese positiva para investigar as possíveis inserções dos meios eletrônicos nos testamentos ordinários, assim como as críticas que poderiam agregar-se a uma eventual hipótese negativa. Assim, situando a temática no âmbito da Quarta Revolução Industrial percebe-se o cenário inevitável de compartilhamento por meio de dispositivos com a substituição das tradicionais formas de manifestação da vontade, o que vem sendo contextualizado em Internet das Coisas – IoTs. Neste aspecto, a pesquisa identifica quanto ao testamento público e particular a viabilidade da videoconferência e assinatura eletrônica como facilitadores ao instituto, bem como otimização de tempo e custos. Quanto ao testamento cerrado destaca-se o uso de chaves eletrônicas e códigos para garantir o sigilo de seu conteúdo até o óbito, o que também pode oferecer maior segurança quando comparado ao risco de violação do lacre tradicional.

Aline Klayse Dos Santos Fonseca analisa que a economia do compartilhamento tende a direcionar o olhar para a possibilidade de novo alcance jurídico ao princípio da exclusividade da propriedade para impulsionar negócios jurídicos que parecem limitar o conteúdo do direito de propriedade sem que haja a elasticidade do domínio. Assim, quando há necessidade de aplicação das normas jurídicas brasileiras em casos concretos, a legislação precisa de adequações para enfrentar os desafios oriundos da relação entre novas tecnologias e propriedade, de modo que as decisões judiciais sobre a matéria adquirem uma relevância que não pode ser ignorada. Apresenta o contexto histórico da economia do compartilhamento, aspectos conceituais e as principais aplicações desse modelo na atualidade para, então, dedicar-se à análise do Recurso Especial nº 1.819.075 – RS, no qual são suscitadas reflexões quanto à tese da qualificação jurídica da intermediação do acesso temporário de imóveis pelo Airbnb, notadamente no que concerne ao impacto da economia do compartilhamento na interpretação jurídica de destinação residencial, bem como à análise do caso Cali Apartments SCI (C 724/18), buscando contribuir de maneira prática sobre o tratamento da questão, por meio comparativo, entre o ordenamento jurídico brasileiro e estrangeiro..

Guilherme Augusto Giroto propõe uma análise sistêmica dos aspectos históricos e contemporâneos que informam o instituto dos danos morais, abordando divergências doutrinárias e jurisprudenciais. O caráter pedagógico, por vezes, adotado na prática (jurisprudência) enfrenta críticas da doutrina, e esta é a problemática, como pode-se delimitar

o conceito de dano moral na contemporaneidade. Torna-se imprescindível conceituar o que seriam denominados como novos danos, para estes não integrem então de forma equivocada o conceito de dano moral. Assim, os denominados novos danos seriam espécies integrantes, junto ao dano moral, do gênero que é o dano extrapatrimonial.

Aline Klayse Dos Santos Fonseca investiga, sob a ótica das novas tecnologias, os denominados contratos inteligentes ou Smart Contracts que atrelam-se ao cenário de digitalização do Direito, propulsando um vasto campo de interesse e o engajamento crítico sobre se a Teoria Geral dos Contratos acomoda coerentemente o atual dinamismo das relações contratuais, bem como as novas formas de contratação.

Para Guilherme Augusto Girotto, a responsabilidade civil contemporânea está se deparando com a necessidade da sociedade de se ver tutelada pelas novas tecnologias, razão pela qual o Poder Legislativo vem buscando conferir maior legalidade aos ambientes virtuais, reflexo direto disto foi a edição do Marco Civil da Internet e a LGPD. Em razão do silêncio do Legislativo em relação à classificação da responsabilidade civil prevista nesta última lei ser objetiva ou subjetiva, a doutrina pátria está dividida e, ainda surgem novas concepções para o tipo de responsabilidade prevista, qual seja, a responsabilidade civil proativa, com o objetivo de conferir maior respaldo ao usuário de ambientes virtuais.

Nathalie Carvalho Candido , Williane Gomes Pontes Ibiapina , Rayana Neyandra Sabino Barroso, a partir do método descritivo-analítico, abordam como os comentários de ódio podem ser configurados pela comunidade jurídica enquanto ato ilícito, sem que haja uma censura à liberdade de expressão, e, por conseguinte, o reconhecimento do dano. Abordam a motivação psicológica da figura dos haters, posteriormente perquire-se o funcionamento das redes sociais e de que forma culminam ao favorecimento dos ataques de ódio. Analisam ainda o reconhecimento dos limites da liberdade de expressão por meio da jurisprudência aplicada atual e quais os pressupostos para que haja a configuração da responsabilidade civil nos comentários de ódio.

Daniela Arruda De Sousa Mohana, Danilo Mohana Pinheiro Carvalho Lima e Anderson Flávio Lindoso Santana, traçam um panorama da função social do contrato no ordenamento jurídico brasileiro, desde a Constituição Federal de 1988, posteriormente no Código Civil de 2002, e sua alteração na Lei da Liberdade Econômica no ano de 2019. Em busca de individualizar o que vem a ser a efetiva função social, é realizada a sua distinção com a boa-fé objetiva e, apresentar em quais situações haverá a mitigação da autonomia da vontade em primazia da coletividade na modalidade externa, metaindividual e do terceiro opressor, além da proteção das partes envolvidas no negócio jurídico, sob o prisma da função social do

contrato na modalidade interna, como uma autodefesa imposta pela sociedade, incluindo a visão do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

Frederico Thales de Araújo Martos e Alícia Braga Silva defendem a aplicabilidade da constituição de uma sociedade holding para elaboração do planejamento patrimonial e sucessório, bem como sua capacidade de inibir disputas entre herdeiros, diminuir a carga tributária e o risco da perda de controle sobre os bens e direitos da família. A análise da matéria, efetuada por meio de pesquisa bibliográfica, conclui que a sociedade holding, desde que bem estruturada, contribui para um planejamento patrimonial e sucessório bem sucedido, garantindo ao grupo familiar benefícios que vão desde financeiros à emocionais.

Alexsandro José Rabelo França, Thiago Brhanner Garcês Costa e Jaqueline Prazeres de Sena consideram que a interação entre a Lei nº 12.965/2014, o Marco Civil da Internet e a regulação do ambiente virtual, tendo como enfoque as características da responsabilidade civil dos provedores de aplicação. A crescente influência da internet na sociedade contemporânea, cenário para discussão sobre os desafios legais e éticos enfrentados pelos intermediários digitais, encontra no Marco Civil a estrutura basilar de um regramento que estabelece direitos e deveres para usuários do ambiente virtual, destacando seus princípios de neutralidade da rede, privacidade e colaboração multissetorial. Nesse contexto, a responsabilidade civil dos provedores de internet, com as implicações de sua atuação na moderação de conteúdo, é importante ferramenta para impedir violações de direitos no ambiente virtual, sendo objetivo deste trabalho esclarecer os critérios desse regramento. A análise ressalta a relevância da jurisprudência em evolução na definição da responsabilidade dos provedores de aplicação, com destaque para a discussão sobre a constitucionalidade do artigo 19 do Marco Civil e suas implicações, na busca por um equilíbrio entre a liberdade de expressão, a proteção dos direitos individuais e a responsabilidade dos intermediários digitais.

Frederico Thales de Araújo Martos e Cláudia Gil Mendonça constataam a possibilidade de herança digital. Na ausência legislativa de como proceder à sucessão dos aludidos bens digitais, principalmente os adquiridos neste novo mundo chamado metaverso, muitas controvérsias são levantadas entre os juristas e, portanto, faz-se necessário buscar uma solução efetiva e satisfatórias para referidas demandas.

Arthur Lustosa Strozzi, Daniela Braga Paiano e Rita de Cassia Resquetti Tarifa Espolador revelam o pacto de coparentalidade à luz da teoria do negócio jurídico. Para isso, examinam a coparentalidade como fato jurídico ensejador de efeitos que permite a constituição, modificação ou extinção de situações jurídicas. Posteriormente, enquanto fato jurídico, por se apresentar relevante para o direito, o estudo indica que as pessoas podem celebrar negócio

jurídico para declarar o objeto de seus desejos, quais sejam, a geração, criação, manutenção e desenvolvimento de filho, sem a existência de vínculo afetivo entre os genitores. Verifica-se que o mencionado instrumento preenche os três degraus da escada ponteana, enquanto negócio jurídico. Analisam julgados provenientes dos Tribunais de Justiça de Minas Gerais e do Paraná.

Rafaela Peres Castanho desenvolve pesquisa em torno de uma visão interdisciplinar sobre o Direito de Família, correlacionando-o com a teoria do apego e a teoria do afeto.

Daniela Braga Paiano , Gabriela Eduarda Marques Silva e Júlia Mariana Cunha Perini investigam que a Constituição Federal de 1988 constitui, no Direito de Família brasileiro, um marco histórico, ao reconhecer outras formas de constituição familiar além daquela oriunda do matrimônio, retirando da margem da sociedade àquelas uniões informais, denominadas popularmente como concubinato, ao reconhecer, de forma expressa, a união estável como entidade familiar. Nesse sentido, realizam uma análise comparativa do contrato de convivência no direito brasileiro e estrangeiro, perpassando pela análise da evolução histórica desse instituto e da autonomia privada dos conviventes na construção de uma relação eudemonista.

Com grande satisfação coordenamos e apresentamos a presente obra, agradecendo aos autores (as)/pesquisadores(as) envolvidos(as) em sua produção pelas profícuas reflexões surgidas e debatidas, bem como reiteram e louvam a dedicação e competência de toda a equipe do CONPEDI pela organização e realização do exitoso e arrojado evento, realizado em Buenos Aires/Argentina.

Reiteramos a esperança que a obra ora apresentada sirva como parâmetro acadêmico para a compreensão dos problemas da complexa realidade social sob a óptica civilista. Desejamos leituras proveitosas na construção de uma nova perspectiva para os desafios impostos ao Direito Civil no contexto contemporâneo pós-pandêmico de utilização dos mecanismos dos Direitos da Personalidade como força motriz da democratização do Direito Privado.

Profa. Dra. Daniela Silva Fontoura de Barcellos- UFRJ (Universidade Federal do Rio de Janeiro)

Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi- UFRJ (Universidade Federal do Rio de Janeiro) e PUC/RJ (Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro)

Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior- UFC (Universidade Federal do Ceará)

PARA ALÉM DO DIREITO: O AFETO NAS RELAÇÕES E CONVIVÊNCIAS FAMILIARES

BEYOND THE LAW: AFFECTION IN FAMILY RELATIONSHIPS AND COEXISTENCES

Rafaela Peres Castanho ¹

Resumo

Trata o presente artigo de uma visão interdisciplinar sobre o Direito de Família, correlacionando-o com a teoria do apego e a teoria do afeto. A pesquisa parte do seguinte questionamento: de que maneira a convivência familiar e o afeto influenciam na formação psíquica e social dos filhos e filhas? Para tanto, parte-se de um objetivo geral, qual seja, analisar a influência do afeto e da convivência na formação da pessoa. Assim, possui como objetivos específicos: num primeiro momento, verificar o que é afeto e o que é apego; após, num segundo momento, abordar o avanço das normas jurídicas que tratam sobre o tema, fazendo uma análise, numa espécie de linha do tempo, das leis e constituições brasileiras; por fim, adentrar na prática forense sobre temas como guarda e convivência familiar e realizar, ainda, pesquisa jurisprudencial. A metodologia utilizada tem caráter qualitativo, utilizando-se de pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial e método de abordagem hipotético-dedutivo.

Palavras-chave: Direito, Famílias, Afeto, Convivência familiar, Relações familiares

Abstract/Resumen/Résumé

This article deals with an interdisciplinary view of Family Law, correlating it with the theory of attachment and the theory of affection. The research starts from the following question: how does family life and affection influence the psychological and social formation of sons and daughters? For that, it starts with a general objective, that is, to analyze the influence of affection and coexistence in the formation of the person. Thus, it has the following specific objectives: at first, to verify what is affection and what is attachment; after, in a second moment, approaching the advance of the legal norms that deal with the subject, making an analysis, in a kind of timeline, of the Brazilian laws and constitutions; finally, enter into forensic practice on topics such as custody and family life and also carry out jurisprudential research. The methodology used is qualitative, using bibliographical, documental and jurisprudential research and a hypothetical-deductive method of approach.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Right, Families, Affection, Family living, Family relationships

¹ Doutoranda em Política Social e Direitos Humanos. Mestre em Direito. Especialista em Direito de Família e Sucessões. Graduada em Direito.

1 Introdução

O presente artigo trata sobre o Direito de Família, seus aspectos interdisciplinares, bem como o avanço e retrocesso existentes nas leis que versam sobre a temática e, também, sobre casos práticos. O recorte se deu, especialmente, nas relações entre mães e pais e seus filhos e filhas, de modo a averiguar as consequências do convívio e dos laços afetivos para a formação do ser humano.

A pesquisa parte do seguinte questionamento: de que maneira a convivência familiar e o afeto influenciam na formação psíquica e social dos filhos e filhas? Para tanto, no primeiro item abordar-se-á as Teorias do Apego e a Teoria Geral do Afeto, a fim de analisar a importância da convivência familiar, especialmente nos primeiros anos de vida e as consequências que podem advir da falta desse convívio. Também se estudará, neste tópico, o afeto, tentando conceituá-lo e categorizá-lo dentro da estrutura jurídica. No segundo item, se fará um breve apanhado legislativo, de leis civilistas e familistas, desde as Ordenações Portuguesas até o atual Código Civil e a Constituição Federal vigente. Por ser intrínseco às normas, serão levantados também assuntos relacionados a gênero e desigualdades, as quais, infelizmente, persistem até os dias atuais e se repercutem no âmbito doméstico e, até mesmo, no dia a dia dos operadores do Direito, que muitas vezes utilizam termos e expressões que remontam às épocas passadas. No terceiro e último item, uma breve pesquisa jurisprudencial será analisada, com a finalidade de observar como se dá, na prática forense – em especial, nas decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, analisando casos que envolvam guarda de infantes, considerando decisões proferidas durante a pandemia no ano de 2020.

O fio condutor do presente artigo, portanto, é a subjetividade do afeto, sendo que os desdobramentos dessa afirmação serão expostos e analisados ao longo do texto.

2 Uma visão interdisciplinar sobre famílias

Nos dias atuais, a ideia mais tradicional de família – a constituída unicamente pelo casamento entre um homem e uma mulher, que prometem se respeitar mutuamente para todo o sempre e gerar frutos –, divide espaço com inúmeras outras modalidades de famílias, que se configuram no campo fático e, portanto, passaram a ser reguladas pelo ordenamento jurídico. A pluralidade das relações – que há muito acontece na sociedade –, enfim, é reconhecida no campo jurídico, o que é de extrema importância, pois como ciência social aplicada, o Direito

deve, sim, corresponder aos avanços da sociedade.

Neste momento não se adentrará nas modalidades de conjuntos e arranjos familiares, pois tal assunto será tratado posteriormente. O que se pretende, por ora, é trazer um aspecto sociológico que permeia as relações familiares. Assim, o presente capítulo propõe abordar a importância do afeto e da convivência familiar para os membros dos arranjos familiares, especialmente, para as crianças em seus primeiros anos de vida. Logo em seguida, far-se-á um breve resumo de conceitos trazidos por autores da área, para conceituar o afeto dentro do campo jurídico.

Para embasar a discussão utilizar-se-á, principalmente, duas doutrinas: formação e rompimento dos laços afetivos, de John Bowlby (2015) e teoria geral do afeto, de Conrado Paulino da Rosa e Cristiano Chaves de Farias (2021). Ambas são de extrema importância para o que o artigo se propõe a analisar. A primeira, escrita por um psiquiatra e psicólogo, criador da Teoria do Apego fala sobre as consequências da presença (ou não) dos genitores nos anos iniciais de vida de uma pessoa. Já a segunda obra, escrita por um promotor de justiça e por um advogado e professor, traz uma visão mais jurídica ao tentar explicar qual o enquadramento mais certo do afeto no campo do Direito de Família.

Para muitos, o afeto é visto como fator essencial em uma família, especialmente nos dias atuais. Tão grande a sua importância que necessário se mostrou entender mais sobre sua origem e compreender, de forma prática, qual enquadramento lhe caberia melhor. A começar pela confusão terminológica, muitas outras confusões permeiam o conceito de afeto. Alguns dizem que está ligado a um sentimento. Outros, que seria uma espécie de amor. E há, ainda, os que acreditam que afeto está intimamente ligado a aspectos psicológicos. Embora complexo e demasiadamente subjetivo, comunga-se da seguinte definição: “afeto diz respeito a toda e qualquer situação que afete a uma pessoa humana, a partir de suas experiências ou tendências, positiva ou negativamente” (FARIAS; ROSA, 2021, p. 49).

Dessa conceituação, ainda que não taxativa, compreende-se que aquilo que é visto como um fator extremamente importante nas famílias, tido por alguns, inclusive, como algo fundante e estruturante das relações familiares – o afeto –, tem origem nas próprias vivências individuais. Assim, é possível dizer que o afeto é extremamente subjetivo e que cada pessoa, por suas vivências e experiências, carrega consigo uma carga exemplificativa do que considera como afeto. Este é um ponto crucial. E isso por duas razões principais. A uma porque as experiências que vivenciamos ao longo da nossa vida, especialmente as vividas nos anos iniciais, são de suma importância para nossa constituição enquanto pessoas e são carregadas por toda a existência. E, a duas, porque tendo cada pessoa uma compreensão

diversa do que afeto significa, abre-se margem para que conflitos surjam e interpretações diversas sejam usadas para sustentar pontos de vista diversos. Esses desdobramentos, daquilo que se considerou o ponto crucial até então, serão, em seu tempo, discutidos e tratados no presente trabalho.

O primeiro desdobramento tem intrínseca relação com a doutrina do psiquiatra John Bowlby. Isso porque ressalta o criador da teoria do apego que a formação de um vínculo afetivo, especialmente entre mães/pais e filhas/filhos, é de crucial importância para seu sadio desenvolvimento. Assim como, por outro lado, o rompimento desse vínculo traz consequências avassaladoras para a criança e para o futuro adulto que se tornará.

Menciona o autor, inclusive, que doenças e distúrbios fisiológicos, muitas vezes, possuem relação com a infância e com a vivência da afetividade. Estudos já comprovaram que um bebê que não tem a companhia, e conseqüentemente não tem a convivência, de sua mãe e/ou de seu pai, terá uma elevação de anseios libidinais, o que significa dizer que “estará procurando constantemente amor e afeição e será continuamente propenso a odiar aqueles que não conseguem, ou parecem não conseguir, lhes dar o afeto que tanto deseja” (BOWLBY, 2015, p. 22).

Além disso, o rompimento dos vínculos afetivos na primeira infância acarreta, também, síndromes psiquiátricas, como personalidade psicopática e a depressão, sendo sintomas persistentes, dentre essas duas, a delinquência e o suicídio.

Assim, é de clareza solar que o afeto, assim como a convivência e a criação de laços entre progenitor e sua prole, é elemento estruturante não só das famílias, como também da pessoa. Talvez seja uma falha nos currículos acadêmicos dos cursos de Direito não tratar sobre o afeto, pois “o operador do direito não compreender o afeto é tão absurdo quanto um engenheiro não dominar os conhecimentos da matemática” (FARIAS; ROSA, 2021, p. 50). E mais, essa falta de estudo sobre o tema pode trazer, inclusive, consequências negativas e uma falha na compreensão da realidade do outro, tão importante e tão viva na rotina dos aplicadores do Direito. Não compreender que o afeto é primordial e que o seu rompimento traz reflexos nefastos para uma família é inadmissível e extremamente perigoso para tantas famílias que, precisando resolver seus litígios, se socorrem do Poder Judiciário e dos operadores do Direito.

Doutrinadores entendem o afeto como mais que uma regra ou princípio, mas sim como postulado, ou seja, como base estruturante para interpretar e aplicar as normas jurídicas (FARIAS; ROSA, 2021). Não se pretende desconsiderar o afeto enquanto sentimento, fator psicológico e enquanto condição que afeta a vida de uma pessoa, desde os anos iniciais de sua

existência, conforme dito inicialmente. Mas compreender o afeto, dentro da estrutura normativa do campo jurídico, enquanto balizador e fator de aplicação e interpretação das normas familistas é de suma importância para que se compreenda que a família, atualmente, é eudemonista, ou seja, “um ideal que sugere harmonia quanto ao individual e ao relacional em família” (OLIVEIRA, 2020, p. 24), um lugar de bem estar e desenvolvimento mútuo.

Tal entendimento caminha no sentido de reconhecer que o afeto – ou a afetividade – é princípio implícito da Constituição Federal, que fundamenta o atual conceito de família baseado na comunhão de vida entre seus membros e na estabilidade dessas relações socioafetivas (LÔBO, 2009). O afeto é, sem dúvidas, a expressão de outros valores constitucionais relacionados às famílias, tais como igualdade entre filhos e entre cônjuges, liberdade de constituição familiar, solidariedade familiar, além da própria dignidade da pessoa.

Para Santos (2011, p. 45), “a afetividade é um reflexo do princípio primeiro da dignidade da pessoa, que se reflete no pleno desenvolvimento da personalidade de cada membro da entidade familiar (...), o princípio pelo qual se chegaria à felicidade”. Já para Rodrigo da Cunha Pereira (2004, p. 130):

O art. 226, § 8º da Constituição Brasileira de 1988 assimila o marco ora tratado da nova família, com contornos diferenciados, pois prioriza a necessidade da realização da personalidade dos seus membros, ou seja, a família-função, em que subsiste a afetividade, que, por sua vez, justifica a permanência da entidade familiar. Esta é a família constitucionalizada, que trazemos a lume no presente trabalho. Por isso, insista-se, a família só faz sentido para o Direito a partir do momento em que ela é veículo funcionalizador à promoção da dignidade de seus membros. Em face, portanto, da mudança epistemológica ocorrida no bojo da família, a ordem jurídica assimilou tal transformação, passando a considerar o afeto como um valor jurídico de suma relevância para o Direito de Família. Seus reflexos crescentes vêm permeando todo o Direito, como é exemplo a valorização dos laços de afetividade e da convivência familiar oriundas da filiação, em detrimento, por vezes, dos vínculos de consanguinidade. Além disso, todos os filhos receberam o mesmo tratamento constitucional, independente da sua origem e se são biológicos ou não.

Desse modo, indiscutível a importância do afeto no campo normativo e, também, para a formação dos indivíduos. Assim, no próximo tópico, se fará uma breve abordagem do avanço, nas normas jurídicas, do conceito de família. Também se analisará a influência do patriarcalismo e das relações de gênero nessa instituição. Por fim, nesse tópico, se mostrará as regras para relação entre pais e filhos nos tempos atuais, e quanto o afeto é imprescindível para uma boa aplicação das normas familistas.

3 As relações familiares por uma visão jurídica: avanços e retrocessos das leis brasileiras

Conforme dito, se fará, por ora, o estudo de legislações que, ao longo do tempo, regeram as relações familiares e as que, atualmente, estão vigentes. Importante destacar, desde logo, que o Direito acompanha a sociedade e, por isso, em épocas passadas, em que a hegemonia do sexo masculino predominava, ainda mais do que nos dias atuais, as normas jurídicas não poderiam refletir outra coisa senão a condição submissa e o tratamento desqualificado que incidiam sobre as mulheres.

As primeiras legislações civilistas com aplicabilidade no Brasil foram herdadas de Portugal, sendo elas, as Ordenações Afonsinas (1446), Manuelinas (1512) e Filipinas (1603). Às mulheres, nessas Ordenações, não era assegurado quase nenhum direito. Entretanto, os deveres impostos eram muitos, especialmente no que se referia às funções matrimoniais e maternas – as únicas duas funções garantidas ao gênero feminino. As mulheres eram tidas como verdadeiros objetos e propriedades dos maridos. Como exemplo, cita-se um artigo, do Livro V, Título XXXVIII, das Ordenações Filipinas, em que assegurava ao homem casado o direito de, lícitamente, matar a sua mulher, caso esta viesse a cometer adultério. Aos homens, em contrapartida, cabia a gestão dos negócios, das propriedades e a tomada de decisões por toda a família. E esta, por severa influência da doutrina e dos costumes religiosos, se restringia tão somente à união entre homem e mulher, que deveria ser oficializada perante a Instituição Igreja e, somente após o vínculo estabelecido pelo matrimônio, consideravam-se casados perante a lei. Davam início, então, a uma nova família, arraigada nos preconceitos e que repercutia as desigualdades existentes.

As Ordenações Portuguesas vigoraram durante três séculos, com muitas omissões, lacunas e normas que retratavam desarmonia e submissão. Assim, desde a Colônia, durante todo o Império e, até mesmo, após a República, as mulheres eram vistas como fracas, incapazes, frágeis e seu tratamento era de objetificação, à disposição do marido, o chefe da família. Infelizmente, conforme dito, este tratamento perdurou por algumas décadas, mesmo após a Independência do Brasil. Isso porque, somente quase um século após a independência, o nosso país promulgou o primeiro Código Civil – um apanhado de legislações civilistas que dispunham, dentre outros pontos, de regras atinentes a vida da pessoa civil e natural.

O Código Civil de 1916, vigente até janeiro de 2002, ainda retratava a realidade de uma sociedade pautada no patriarcalismo e na hegemonia do masculino em relação ao feminino. Os homens ainda eram vistos como chefes das famílias e as mulheres casadas eram

consideradas relativamente incapazes, precisando, assim, da autorização e representação do marido para tomada de decisões. Os filhos, diferentemente do que previam as Ordenações de Portugal, se submetiam à vontade e aos cuidados do pai – daí o advento do termo “pátrio poder” – e a legislação civilista previa o tratamento desigual dos filhos concebidos anteriormente ao casamento, que eram tidos como ilegítimos (ROSA, 2021, pp. 30-31).

Durante a vigência do Código Civil de 1916, ainda tão retrógrado, foram promulgadas e outorgadas cinco Constituições Brasileiras (em 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988). Quando do seu advento, em 1916, vigorava a segunda Constituição Brasileira – a primeira da República –, de 1891, em que não havia nenhum capítulo ou seção destinada às famílias. Isso só aconteceu com a Constituição de 1934 que, apesar de ainda tratar sobre a indissolubilidade do casamento, destinou um capítulo próprio para este ramo do Direito. Já com a Constituição de 1937, a principal mudança ocorreu no sentido de equiparar os filhos naturais, oriundos de relações concubinárias, aos filhos legítimos, dando-lhes os mesmos direitos e o mesmo tratamento. Em 1946, a nova Constituição passou a assegurar direitos relacionados à maternidade e à infância e em 1967 os mesmos direitos foram mantidos, sem prever novas prerrogativas. Sem sombra de dúvidas, a grande mudança ocorreu com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Mas, antes de adentrar no estudo sobre a atual Constituição e sobre o atual Código Civil, merecem destaques outras duas leis pretéritas: o Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4121/62) e a Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77).

A primeira lei foi um significativo marco para as mulheres casadas, uma vez que lhes conferiu plena capacidade para os atos da vida civil, retirando o poder do marido que pairava sobre elas. Já através da Lei nº 6.515/77 foi aprovado o divórcio, outro importante acontecimento, pois antes de sua aprovação só era permitido o desquite – um instituto que colocava fim ao regime matrimonial de bens e aos deveres de coabitação e fidelidade recíprocas, mas mantinha os cônjuges presos ao vínculo contratual e os impedia de contrair novo casamento (IBDFAM, 2018).

Assim, com um cenário um pouco mais benéfico às mulheres, foi promulgada a Constituição de 1988: um verdadeiro avanço no âmbito de direitos, incluindo os atinentes às relações familiares. Quase uma década e meia depois, foi promulgado o atual Código Civil, vigente desde 2002. Ambas as legislações inovaram ao garantir inúmeras prerrogativas, tais como: (i) previsão expressa de uniões estáveis e famílias monoparentais como entidades familiares; (ii) igualdade entre homens e mulheres em relação aos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal; e (iii) proibição de quaisquer discriminações relativas à filiação.

Entretanto, mesmo que tais leis garantissem inúmeros direitos, ainda hoje, encontram-

se resquícios das épocas passadas em nossa sociedade, o que configura um grande óbice à aplicação e à efetivação destes direitos. Isso porque, durante séculos, além do preconceito, da desigualdade e da discriminação de gêneros, as famílias eram marcadas por “uma dedicação descompassada de um único membro (...) em prol dos outros” (OLIVEIRA, 2020, p. 22). Como visto, esse membro, na esmagadora maioria dos casos, era a mulher, mãe, esposa, responsável pelas tarefas domésticas, pelos cuidados com os filhos e, quando possível, inseridas no mercado de trabalho. Este fato, somado aos fatores estruturais, históricos e sociológicos, trazem reflexos até os dias atuais e recaem, também, sobre o futuro da sociedade: as crianças. Exemplos disso são os dados de um estudo realizado com meninos e meninas brasileiros, entre seis e quatorze anos de idade que atestam o que segue:

Apesar da neutralização que o Direito pressupõe na vivência infanto-juvenil, recentes pesquisas têm apontado experiências bastante distintas. Dados colhidos em 2013 e referentes às crianças brasileiras entre 6 e 14 anos atestaram, por exemplo, que enquanto 81,4% das meninas arrumam sua própria cama, 76,8% lavam louça e 65,6% limpam a casa, apenas 11,6% dos seus irmãos homens arrumam a sua própria cama, 12,5% dos seus irmãos homens lavam a louça e 11,4% dos seus irmãos homens limpam a casa (OLIVEIRA, 2020, pp. 37-38)

Engana-se, entretanto, quem acredita que os reflexos se restringem à vida privada, às famílias e às brincadeiras de criança. Também na prática forense é possível observar a utilização de termos remanescentes às épocas passadas, que remontam as ideias de submissão e de hegemonia. Esses termos são, muitas vezes, utilizados pelos próprios operadores do Direito. A título exemplificativo destacam-se dois, quais sejam, “pátrio poder” e “visita” - os quais, brevemente, pretendem-se analisar.

Conforme dito anteriormente, a expressão pátrio poder teve origem nas previsões do Código Civil de 1916 e se baseava no homem como o chefe e detentor da esposa e dos filhos. Aos poucos, o termo foi sendo substituído por “poder familiar” com a intenção de demonstrar uma igualdade parental entre mães e pais. Acontece que mesmo a nova expressão, adotada pelo atual Código Civil, não se mostra a mais adequada para designar os papéis das mães e dos pais na vida dos filhos e filhas. A ideia de poder carrega consigo uma ideia pejorativa de submissão das crianças às vontades maternas e paternas, fazendo presumir que as crianças e os adolescentes não são detentores de autonomia e liberdade. Tal presunção é contrária ao que, ao longo dos anos, foi sendo construído no ordenamento jurídico brasileiro - a concessão do *status* de sujeitos de direitos aos infantes e jovens. Assim, com a finalidade de romper com os ideais de autoridade e submissão que o termo “poder familiar” denota, comunga-se da ideia do professor Conrado Paulino da Rosa (2021) de que o termo mais certo a ser adotado seria “função parental”. Afinal de contas, nada parece mais materno e paterno do que exercer a

função de provedor, acolhedor e orientador dos filhos.

Por fim, o segundo termo utilizado de forma não tão apropriada é “visita”. A utilização acontece, especialmente, quando os genitores de um infante encontram-se separados ou divorciados e, tendo a criança a residência de um como base fixa, na guarda compartilhada, ou, ainda, tendo apenas um genitor a guarda, no caso de unilateral, o outro genitor possui o direito de conviver com seus filhos – o que é regulado por ações, em sua grande maioria, denominadas de “ação de regulamentação de visitas”. Uma justificativa que se encontra para a utilização dessa expressão é de que não é incomum, na prática diária do Direito, a estipulação de que essa convivência com o outro genitor se dará em finais de semana alternados – com início na sexta à noite ou sábado pela manhã até a noite de domingo ou a manhã de segunda-feira. Dessa forma, criou-se o hábito de que o pai ou a mãe que tem a convivência restrita aos finais de semana exerça a função de mero visitador, não tendo participação ativa na vida dos filhos, especialmente no que tange às questões escolares e demais aspectos inerentes à função paterna e/ou materna.

Por mais que existam ex companheiros e ex cônjuges, não existe ex pai ou ex mãe. Se a relação de um casal se mostra insustentável, sendo a separação e/ou o divórcio a única alternativa, tal ruptura não pode – ou, melhor dizendo – não poderia refletir nos filhos. Como visto no primeiro capítulo, romper laços afetivos, especialmente nos anos iniciais de vida, quando a criança se desenvolve e forma seu caráter, pode trazer consequências negativas e perdurar por toda a vida. Dessa forma, um cenário ideal é que esse infante, mesmo com os pais separados, tenha convívio com ambos e, ademais, com ambos núcleos familiares.

Partindo dessa lógica, muito se critica o termo “visitas” e se propõe a substituição por “convivência familiar”, pois via de regra somente com a convivência respeitosa, paritária e efetiva de ambos os genitores é que a criança estaria, completamente, melhor assessorada. Pois, “a convivência do filho com o genitor não guardião não é um direito limitado deste, mas sim um direito recíproco de pais e filhos” (MADALENO; MADALENO, 2021, p. 14).

Tendo passado pelas previsões legislativas e adentrado, ainda que inicialmente, na prática forense, no próximo e último capítulo, serão abordados mais casos práticos, expondo decisões judiciais e refletindo sobre a função parental e a convivência familiar.

4 A aplicabilidade do Direito de Família na prática forense no Sul do Brasil

Para fins de rememoração, iniciou-se o trabalho afirmando que um ponto crucial para entender o afeto era compreender a sua subjetividade, uma vez que cada pessoa, por suas

vivências e experiências, carrega consigo uma carga exemplificativa do que considera como conceito deste termo. E esse ponto principal possui dois desdobramentos: o primeiro, tratado ainda no primeiro item, se refere às experiências que são vivenciadas ao longo da vida e são refletidas por toda a existência; já o segundo desdobramento diz respeito aos conflitos que podem surgir dessa subjetividade na compreensão do afeto. Este segundo desdobramento é o que servirá de ponto de partida da discussão que se pretende abordar por ora.

Não é incomum, quando da separação de casais, que ambos carreguem consigo uma carga emocional bastante significativa: o que, no início, era amor e companheirismo, torna-se raiva, indiferença e, porque não, ódio. Tenta-se atacar o outro com atitudes, com palavras e com omissão. Quando há filhos, então, a situação fica ainda mais delicada. O afeto, como “fundamento e finalidade da família” (MADALENO; MADALENO, 2021, p. 13) fica à margem e, em muitos casos, dá lugar a atitudes nada afetuosas, quando, por exemplo, pais e mães tentam deturpar a imagem do outro genitor para a criança e impedir o convívio familiar entre eles – esta conceituação, simplista, é o que se entende por “alienação parental”.

Por vezes a compreensão individual do que se constitui o afeto é usada como subterfúgio para justificar ações judiciais em que um dos genitores busca a guarda unilateral do filho. Os argumentos utilizados são os mais variados, mas os mais recorrentes são os ligados à afetividade (ou falta dela) na criação e convivência com os infantes.

Conforme dito, a convivência familiar afetiva é imprescindível para um bom desenvolvimento e, por essa razão, a guarda compartilhada é a regra em nosso ordenamento jurídico desde 2014, com o advento da lei 13.058/14. O compartilhamento da guarda pressupõe não apenas um convívio equilibrado e paritário entre os genitores, mas uma verdadeira cogestão na vida dos filhos, sendo cabível a ambos o pleno exercício do poder familiar. A lei dispõe, inclusive, que mesmo em casos de litígio e não concordância dos genitores quanto à guarda, tal modalidade deve ser aplicada. Mas será que isso acontece na prática?

Para responder ao questionamento e para travar discussões acerca do assunto, foi realizada uma pesquisa jurisprudencial junto ao *site* do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, com a utilização da palavra-chave “guarda compartilhada”. Ademais, foi selecionado um filtro de pesquisa, qual seja, a utilização de julgados com a cidade de Pelotas/RS como comarca de origem.

A primeira decisão a ser apresentada possui a seguinte ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE GUARDA C/C CONVIVÊNCIA E ALIMENTOS. PRELIMINAR DE NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA. DESACOLHIDA. PLEITO DE ALTERAÇÃO DA GUARDA

UNILATERAL MATERNA PARA COMPARTILHADA E DE REDUÇÃO DA VERBA ALIMENTAR. DESCABIMENTO. SENTENÇA MANTIDA. PRELIMINAR. NÃO HÁ FALAR EM CERCEAMENTO DE DEFESA, PORQUANTO O DEMANDADO FOI DEVIDAMENTE CITADO, NÃO TENDO APRESENTADO CONTESTAÇÃO, SITUAÇÃO QUE ENSEJOU SUA REVELIA. MÉRITO. CASO DOS AUTOS EM QUE INEXISTE RAZÃO PARA ALTERAÇÃO DA DECISÃO QUE DETERMINOU A GUARDA UNILATERAL DO FILHO EM FAVOR DA GENITORA, NÃO HAVENDO NADA OS AUTOS A INDICAR CONDUTA DESABONADORA OU SITUAÇÃO DE RISCO DO INFANTE, ENQUANTO SOB OS CUIDADOS MATERNOS. II - PENSÃO ALIMENTÍCIA QUE DEVE SER MANTIDA NO PATAMAR DE 50% DO SALÁRIO MÍNIMO NACIONAL, EM FAVOR DE UM FILHO QUE CONTA 07 ANOS DE IDADE, SEM NECESSIDADES EXTRAORDINÁRIAS. ALIMENTANTE QUE NÃO COMPROVOU SUA REAL IMPOSSIBILIDADE DE ARCAR COM O VALOR ESTABELECIDO, ÔNUS QUE LHE INCUMBIA, CONFORME O DISPOSTO NA CONCLUSÃO N. 37 DO CENTRO DE ESTUDOS DO TJRS. APELAÇÃO DESPROVIDA.(Apelação Cível, Nº 50012092720198210022, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Daltoe Cezar, Julgado em: 27-06-2023)

No caso, a guarda unilateral materna foi mantida como regra, tendo como justificativa a ausência de conduta desabonadora por parte da genitora, de modo que a Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça Gaúcho deixou de acolher a guarda compartilhada, ainda que seja a regra, sob o fundamento utilizado para aplicar, em casos excepcionais e pontuais, a guarda unilateral, visando o melhor interesse da criança.

A segunda decisão selecionada para fins de análise é a que segue:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DIVÓRCIO, CUMULADO COM PEDIDO DE GUARDA COMPARTILHADA. PLEITO DE EXONERAÇÃO DA VERBA ALIMENTAR DEVIDA AOS FILHOS. DESCABIMENTO. SENTENÇA MANTIDA. **A guarda compartilhada foi instituída como forma de ampliar a visão sobre a convivência familiar, com implicação da corresponsabilização entre pai e mãe, no intuito de assegurar o melhor interesse da criança e adolescentes, com objetivo de protegê-los e de proporcionar-lhes estabilidade emocional, uma vez que fundamental para formação equilibrada de suas personalidades, não sendo fator determinante para afastar a obrigação alimentar**, ainda que não tenha sido estabelecida residência de base. Caso dos autos em que evidenciadas as necessidades presumidas dos infantes, menores de idade, além de gastos especiais com tratamento para TEA (Transtorno do Espectro Autista) em relação a um dos filhos. Alimentante que possui vínculo formal de emprego, estando adequado o percentual de 15% dos rendimentos líquidos do genitor a título de alimentos em favor dos filhos, em razão das particularidades do caso sob exame. Apelação desprovida.(Apelação Cível, Nº 70082009010, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Daltoe Cezar, Julgado em: 23-04-2020) *grifos não originais*

Neste julgado, na parte em destaque da ementa, observa-se um erro bastante corriqueiro, que reside no pensamento de que havendo estipulação da guarda, há o afastamento da obrigação alimentar. Tal informação é inverídica e não merece prosperar, uma vez que, conforme muito bem salientado pelo relator do julgado, o compartilhamento da guarda assegura o melhor interesse da criança e do adolescente, além de ter a finalidade de

“protegê-los e de proporcionar-lhes estabilidade emocional, uma vez que fundamental para formação equilibrada de suas personalidades”. Como já salientado até então, o convívio das crianças com os genitores e a criação de laços afetivos é, mais do que um direito recíproco, um fator que contribui, e muito, para um sadio desenvolvimento pessoal.

Por fim, o critério utilizado para a seleção dos últimos dois julgados foi a influência da pandemia do coronavírus na aplicação da guarda compartilhada. Neste sentido, acrescentou-se, ao termo “guarda compartilhada”, a expressão “pandemia” como palavra-chave na busca da jurisprudência no site do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Como a busca não retornou nenhum resultado com a comarca de origem Pelotas/RS selecionada, limpou-se o filtro ora utilizado, e a pesquisa foi feita considerando todas as cidades gaúchas como comarcas de origem. A busca retornou, então, vinte e seis resultados e dois foram selecionados - tendo em vista a relevância ao que está sendo analisado.

Seguem as ementas:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE REGULARIZAÇÃO DE GUARDA COMPARTILHADA C/C REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. PLEITO DE SUSPENSÃO DA CONVIVÊNCIA PATERNA. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO MANTIDA. No caso dos autos, o Julgador monocrático **estabeleceu convivência paterna com o filho por meio de chamadas telefônicas e de vídeo, enquanto perdurar a pandemia**. No entanto, diante da animosidade existente entre os litigantes, a genitora pretende a suspensão da convivência paterna. Com efeito, **a convivência familiar é um direito do genitor e merece ser assegurado à criança, mormente porque são os seus interesses que devem prevalecer sobre os de qualquer outro**. Diante disso, da análise detida nos autos, não se constatou situação de risco que exija a modificação na visitação já determinada pelo Magistrado singular, que se encontra mais próximo dos acontecimentos fáticos. Isso porque, ao que tudo indica, **a determinação atende, ao menos por ora, as necessidades do infante, pois manteve-se preservado os interesses deste, os quais devem prevalecer**, ainda mais diante do contexto apresentado nos autos. Recurso desprovido.(Agravado de Instrumento, Nº 70084402296, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Daltoe Cezar, Julgado em: 09-10-2020) *grifos não originais*

APELAÇÃO CÍVEL. RECURSO ADESIVO. FAMÍLIA. AÇÃO DE ALTERAÇÃO DE GUARDA E REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA REJEITADA. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. MANUTENÇÃO DO COMPARTILHAMENTO DA GUARDA E DO REGIME DE CONVIVÊNCIA ESTIPULADO EM SENTENÇA. 1. É DE SER REJEITADA A PRELIMINAR DE NULIDADE, POR SUPOSTO CERCEAMENTO DE DEFESA RELATIVO À AUSÊNCIA DE PRONUNCIAMENTO JUDICIAL ACERCA DO PEDIDO DE PRODUÇÃO DE PROVA ORAL. OCORRE QUE, ANTES DE O REQUERIDO PLEITEAR A OITIVA DE TESTEMUNHAS, TANTO ELE QUANTO A AUTORA JÁ HAVIAM DESISTIDO DE PRODUIR OUTRAS PROVAS, CONSTANDO EXPRESSAMENTE DE TERMO DE AUDIÊNCIA QUE, POR CONSENSO, FOI DELIBERADO QUE, APÓS A RÉPLICA, HAVERIA O ENCERRAMENTO DA INSTRUÇÃO E ABERTURA DO PRAZO PARA APRESENTAÇÃO DE MEMORIAIS. CUMPRE CONSIGNAR QUE UMA DAS PROCURADORAS CONSTITUÍDAS PELO REQUERIDO ESTAVA PRESENTE NA SOLENIDADE E CONCORDOU COM TAL SOLUÇÃO. NESSE CENÁRIO,

NÃO HÁ FALAR EM CERCEAMENTO DE DEFESA, TENDO EM VISTA QUE O PRÓPRIO APELANTE JÁ HAVIA DESISTIDO DE PRODUZIR OUTRAS PROVAS ALÉM DAQUELAS JÁ CONSTANTES DOS AUTOS. 2. AS QUESTÕES ENVOLVENDO A DEFINIÇÃO DA GUARDA E REGULAMENTAÇÃO DE CONVIVÊNCIA SÃO DELICADAS E EXIGEM AMPLA ANÁLISE, A FIM DE QUE PREVALEÇA O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA OU ADOLESCENTE. NO CASO, EM QUE PESE A INCONFORMIDADE MANIFESTADA POR AMBOS OS LITIGANTES, NÃO MERECE REPARO A SENTENÇA ATACADA, QUE ESTABELECEU A GUARDA COMPARTILHADA DO FILHO COMUM DOS LITIGANTES, FIXANDO A RESIDÊNCIA MATERNA COMO REFERENCIAL. NÃO PROSPERA A PRETENSÃO DO GENITOR, DE ESTIPULAR UMA GUARDA ALTERNADA, POIS TAL MODALIDADE NÃO PROPORCIONA QUE A CRIANÇA TENHA UMA ROTINA BEM AJUSTADA, UMA REFERÊNCIA DE LAR, O QUE SE REVELA ESSENCIAL, ESPECIALMENTE POR SE TRATAR DE UM INFANTE QUE CONTA SOMENTE 7 ANOS DE IDADE. **TAMPOUCO É O CASO DE INSTITUIR-SE A GUARDA UNILATERAL MATERNA, COMO FOI POR ELA REQUERIDO, PORQUANTO OS LAUDOS PSICOSSOCIAIS PRODUZIDOS CONCLUÍRAM QUE AMBOS OS GENITORES POSSUEM CONDIÇÕES DE EXERCER A GUARDA, SEJA SOB O ASPECTO PSICOLÓGICO, SEJA SOB O PONTO DE VISTA SOCIAL.** 3. DO MESMO MODO, NÃO MERECE REPARO A SENTENÇA NO TOCANTE À REGULAMENTAÇÃO DA CONVIVÊNCIA PATERNO-FILIAL. APESAR DAS PREOCUPAÇÕES MANIFESTADAS PELA GENITORA EM RELAÇÃO À PANDEMIA DE COVID-19 E A UM POSSÍVEL RISCO ADICIONAL ENVOLVENDO O FILHO, PORQUANTO ELE PODE PADECER DE ENFERMIDADE GENÉTICA, TRATA-SE DE MERA SUSPEITA NÃO COMPROVADA. NÃO BASTASSE ISSO, É NOTÓRIO QUE, A DESPEITO DE PROSSEGUIRMOS VIVENCIANDO A PANDEMIA DE COVID-19, OS INDICADORES DE CONTAMINAÇÕES E ÓBITOS NO ÂMBITO NACIONAL REDUZIRAM DRASTICAMENTE, SENDO QUE, POR OUTRO LADO, OS NÍVEIS DE VACINAÇÃO DA POPULAÇÃO TÊM PROGREDIDO DIARIAMENTE. LOGO, NÃO HÁ QUALQUER SITUAÇÃO EXCEPCIONAL QUE JUSTIFIQUE, ATUALMENTE, A SUSPENSÃO DA CONVIVÊNCIA PRESENCIAL DO GENITOR COM O FILHO, EXCETO, COMO POSTO NA SENTENÇA, NA HIPÓTESE EM QUE O DEMANDADO RECEBA HÓSPEDES EM SUA CASA, PELO SISTEMA GERENCIADO POR PLATAFORMA DIGITAL DE HOSPEDAGEM. NEGARAM PROVIMENTO A AMBOS OS RECURSOS. UNÂNIME.(Apelação Cível, Nº 50051565520198210001, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em: 26-08-2021) *grifos não originais*

Na primeira decisão, ainda do ano de 2020, nos meses mais iniciais da pandemia – quando não havia começado a vacinação da população em geral e os índices de contaminação pelo vírus eram bastante significativos e crescentes – a determinação judicial foi de regularizar a guarda compartilhada e manter o convívio do genitor com o filho por meio de videochamadas. Este é um ponto bastante interessante e oportuno de se salientar: mesmo com a distância física entre o genitor/a genitora não guardião e o infante, é possível e recomendado a guarda compartilhada. Essa distância, que pode ser oriunda, por exemplo, de isolamento social por conta da pandemia, ou questões laborais ou, ainda, por mudança de cidade de algum e/ou de ambos, não impede que se estabeleça o compartilhamento da guarda. Isso porque, atualmente, é plenamente possível manter contato com pessoas distantes fisicamente,

fazendo uso das tecnologias e mídias digitais. Não é incomum, por exemplo, que relacionamentos amorosos se estabeleçam e se mantenham à distância. Sendo assim, em uma convivência entre pai/mãe e filho/filha isso não poderia ser diferente.

O último julgado é interessante e servirá para findar a discussão com referência ao que foi abordado no início do capítulo. Na decisão, a genitora, guardiã do infante, utilizou a pandemia como argumento fundante do seu pedido de guarda unilateral do filho. Entretanto, o pleito, que foi julgado pela mesma Câmara Cível do primeiro caso, agora rejeitou o pedido formulado, justificando que a aplicação desta modalidade de guarda deve ser exceção, somente aplicada quando um dos genitores não possui condições de exercer a função parental – evidenciando uma possível contradição da Câmara neste ponto.

O que se pode observar, pelas decisões selecionadas, é que o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ainda que com algumas divergências, é um tribunal que efetivamente luta pela efetivação do melhor interesse das crianças. Nos processos judiciais, como visto, o afeto, em muitos casos, fica de lado e o aspecto emocional pelo ex companheiro ou ex cônjuge transcende e interfere na relação do outro com o filho em comum. A família, ora desconstituída, ao invés de ser um espaço de realização mútuo, torna-se um campo de batalhas e de conflitos. E neste sentido é de demasiada importância o julgamento por operadores do Direito que empreguem o afeto enquanto postulado. Pode-se assim concluir que, ao utilizar o afeto enquanto instrumento de interpretação e aplicação das normas de Direito de Família, se está respeitando e se assegurando os mais diversos direitos, especialmente o de uma infância e juventude tranquilas e de um bom e saudável relacionamento entre os familiares.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do artigo, pode-se observar que, durante séculos, o Direito de Família refletiu, em suas normas e disposições, aspectos preconceituosos, hegemônicos e desiguais, os quais pautavam as relações sociais e, por conseguinte, as relações familiares. Com o passar dos anos e sobretudo com o advento de legislações específicas, como a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002, o cenário começou a ser modificado – ao serem inseridos valores e princípios, como a igualdade, o respeito e, sobretudo, o afeto. Este, como visto, deve ser utilizado como o balizador das decisões judiciais sobre temas familiares, uma vez que, muito mais do que um fator psicológico ou um sentimento, é o norte para que, cada vez mais, seja possível observar famílias eudemonistas – ou seja, aquelas que buscam, independente do

arranjo familiar ou das condições particulares do caso, uma realização plena de seus membros.

Assim, pode-se concluir que o afeto, bem como a convivência familiar, nas relações entre pais/mães e filhos/filhas, possui significativa importância, não só para a construção dos laços afetivos, bem como para a formação da pessoa humana. Quando rompidos, acarretam em consequências nefastas para o seu desenvolvimento, as quais podem ter duradoura repercussão.

Pelas decisões selecionadas, observa-se que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul tem buscado adotar o afeto como balizador das referidas matérias, tendo decidido, em sua maioria, pelo melhor interesse das crianças. Dessa forma, se mostra cada vez mais imprescindível o aperfeiçoamento constante dos operadores do Direito e a inserção de aspectos interdisciplinares nos currículos acadêmicos, especialmente para tratar sobre as questões familiares. Com o estudo e qualificação adequados pode-se lutar pelo reconhecimento de muitos direitos e seguir, de forma mais fundamentada, buscando e construindo uma justiça mais equânime e afetuosa.

REFERÊNCIAS

BOWLBY, John. **Formação e rompimento dos laços afetivos**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

DIVÓRCIO direto simplificou o processo e acabou com a discussão de culpa. **IBDFAM**, 2018. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/noticias/6692/Div%C3%B3rcio+direto+simplificou+o+processo+e+acabou+com+a+discuss%C3%A3o+de+culpa/>>. Acesso em: 11 de nov. de 2022.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSA, Conrado Paulino da. **Teoria Geral do Afeto**. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. **Alienação parental**: importância da detecção: aspectos legais e processuais. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

OLIVEIRA, Ligia Ziggliotti de. **Olhares feministas sobre o direito das famílias contemporâneo**: perspectivas críticas sobre o individual e o relacional em família. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais e Norteadores para a Organização Jurídica da Família**. 2004. 157f. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba. Disponível em: http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/1884/2272/1/Tese_Dr.%20Rodrigo%20da%20Cunha.pdf. Acesso em 16 de agosto 2023.

ROSA, Conrado Paulino da. **Guarda compartilhada coativa**: a efetivação dos direitos de crianças e adolescentes. 3. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.