

A COMPLEXIDADE DOS ALIMENTOS AVOENGOS DIANTE DA GUARDA DE FATO

Barbara Dornelas Garcia dos Santos¹

RESUMO

O referido trabalho tem como objetivo examinar o instituto do Direito de Família, apresentando aspectos dos alimentos avoengos diante da guarda de fato e como este instituto é aplicado no ordenamento jurídico brasileiro, demonstrando aspectos históricos e jurídicos. Far-se-á uma necessidade de apresentar o conceito de família, apontando a evolução nas entidades familiares ao longo da pesquisa, o conceito de guarda e principalmente o conceito de alimentos e os princípios constitucionais vinculados ao instituto. Por último, o trabalho esclarece como e quando irá recair a obrigação alimentar em face dos avós e a importância do princípio da afetividade nas relações familiares, baseado em artigos científicos, livros, bem como obras doutrinárias, e leis, que contribuirão para a conclusão da pesquisa. Além disso, consta-se uma divergência nas doutrinas no que tange ao tema. Como resultado, demonstra-se uma análise da obrigação alimentar avoenga diante do exercício da guarda de fato, resguardando a necessidade da criança com base em doutrina e estudo de caso, de modo a garantir uma vida digna pautada na análise da convivência familiar, conclui-se que existe a possibilidade dos avós conseguirem a guarda dos netos com base na relevância do princípio da afetividade.

Palavras-chave: Direito de Família. Alimentos. Obrigação Alimentar.

ABSTRACT

This paper aims to examine the family institute presenting aspects of avoengos foods before the de facto custody and how this institute is applied in the Brazilian legal system, showing historical and legal aspects. There will be a need to introduce the concept of family, pointing out the evolution in family entities throughout the research, the concept of custody and especially the concept of food and the constitutional principles linked to the institute. Finally, the paper clarifies how and when the obligation to feed in the face of grandparents will fall and the importance of the principle of affectivity in family relationships, based on scientific articles, books, as well as doctrinal works, and laws, which contributed to the conclusion of the search. Also, consider a divergence in doctrines that are not related to the topic. As a result, an analysis of the food obligation is demonstrated, after the exercise of keeping facts, reimbursing the child is need based on the doctrine and the case study, in order to guarantee a dignified life based on the analysis of family life, the conclusion is there is the possibility of obtaining a data guard based on the relevance of the principle of affectivity.

Keywords: Family Law. Foods. Food Obligation.

¹ Graduanda do Curso de Bacharel em Direito da UNIGRANRIO, orientada pela professora Mônica de Oliveira Câmara.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema a complexidade dos alimentos avoengos diante da guarda de fato, ao longo da pesquisa evidencia-se o estudo que se encontra dentro da esfera do Direito das famílias. É importante frisar que o conceito da palavra família é amplo e já passou por diferentes transições pois antes era vista como uma unidade econômica e atualmente é vista como uma compreensão igualitária, com o objetivo de promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros, reafirmando uma nova estrutura familiar pautada principalmente no afeto.

Em razão da função familiar, os pais tem o dever de proteger, educar, alimentar, vestir seus filhos, porém pode ocorrer situações que impedem que esta obrigação seja cumprida com êxito totalmente ou parcialmente por ambos os genitores ou por apenas um genitor, por conta de dificuldade financeira, separação, morte de ambos genitores, ou até mesmo perda da guarda.

Ocorre que dependendo da estrutura familiar e do cotidiano da criança ou adolescente, a figura de demais parentes torna-se essencial em determinados casos, principalmente em relação aos alimentos, tendo em vista que caracteriza-se como um direito social, é possível entender os alimentos como um conjunto de meios materiais necessários para a existência do ser humano, está atrelado ao princípio da solidariedade familiar, diante disso o nosso ordenamento jurídico brasileiro, através do Código Civil a partir do artigo 1.696 e artigo 1.698 elenca a hipótese da obrigação alimentar recair sobre os ascendentes, então surge a responsabilidade dos avós em relação a seus netos, porém é importante frisar que esta obrigação apenas irá surgir a partir da análise do caso concreto. Em suma, ao longo do trabalho foram realizadas pesquisas bibliográficas a partir de livros e leis.

No mais, com amparo doutrinário e legal, fazendo o uso da metodologia aqui descrita, será possível alcançar o objetivo e apresentar conceitos e como é aplicado e cobrado os alimentos em face dos avós e como pode ser complexo, burocrático o procedimento, além disso a possibilidade dos avós conseguirem regularização da guarda de fato baseando-se no princípio da afetividade.

2 DIREITO DE FAMÍLIA

2.1 CONCEITO DE FAMÍLIA

Inicialmente é importante frisar que o conceito de família passou por diferentes mudanças, conceituar o termo família requer uma análise de cada período histórico da sociedade e suas transformações.² Segundo Maria Berenice Dias “a própria organização da sociedade se dá em torno da estrutura familiar.”

Além disso, é importante frisar que o conceito de família pode ser entendido como o elo formado entre pessoas que possam viver sob o mesmo teto ou não, através de uma relação de parentesco ou uma relação afetiva.

Segundo Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka família é entidade “ancestral como a história, interligada com os rumos e desvios da história, mutável na exata medida em que mudam as estruturas a arquitetura da própria história.”³

Maria Berenice Dias entende que “família é um agrupamento informal, de formação espontânea no meio social, cuja estruturação se dá através do direito.”⁴

A própria Declaração Universal dos Direitos do Homem no artigo XVI estabelece que família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito a proteção da sociedade e do Estado.” Porém, até onde o Estado pode intervir numa relação familiar cercada por sentimentos, costumes, afeto, mudanças que ocorrem de maneira acelerada.”⁵

“Destaca-se Elisabete Dória Bilac, a necessidade de uma “abordagem da família que dê conta da complexidade desse objeto, em nossos dias, a partir de uma construção interdisciplinar.”⁶

Diante dos diferentes conceitos acima, o estudo do instituto tornou-se o que os doutrinadores chamam de Direito de Família, que é o ramo do Direito Civil de natureza jurídica mista, que dispõe sobre as entidades formadas por vínculos de parentesco ou por pessoas naturais que formam entre si relações de afeto e assistência. Para cada doutrinador há um conceito de família diferente, a diversidade do tema é ampla, requer cuidado e atenção.

²DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11 ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 33.

³HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito Civil: estudos**. Del Rey, 2020.p.17.

⁴DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.p:33

⁵ASSEMBLÉIA GERAL DA ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris,1948 Disponível em:<<https://brasa.org.br/declaracao-universaldosdireitoshumanos/>>Acessado em 29 de Abril de 2020.

⁶BILAC, Elisabete Dória. **Família: algumas inquietações**. São Paulo: Cortez, 2000. p:37.

Adiante o presente artigo passa a descrever sobre aspectos históricos e jurídicos que envolvem o estudo do Direito das Famílias.

2.2 ASPECTOS HISTÓRICOS E JURÍDICOS

É inegável de que os estudos voltados para a família obtiveram diferentes mudanças, tendo em vista que com o passar do tempo, devido às transformações na sociedade e seus aspectos sociais, religiosos, culturais a estrutura familiar deixou de ser patriarcal para receber novas vertentes. Conforme a historiadora francesa Michelle Perrot, "a história da família é longa, não linear, feita de rupturas sucessivas", deixando antever a variabilidade histórica da feição da família."⁷

No âmbito familiar e até mesmo biológico, a família surgiria da união entre um homem e uma mulher como surgiu no direito romano, através do instituto do casamento. No Direito romano, a família era construída a partir de costumes, sendo o casamento o principal costume entre eles, pesquisadores afirmam que nesta época o casamento romano já produzia efeitos jurídicos entre as partes.

Conforme a observação de Luiz Edson Fachin, é inegável que a família, como realidade sociológica, apresenta, na sua evolução histórica, desde a família patriarcal romana até a família nuclear da sociedade industrial contemporânea, íntima ligação com as transformações operadas nos fenômenos sociais.⁸

Ademais, na época da Revolução Industrial, meados do século XVIII os casamentos eram pautados no interesse patrimonial, as famílias que viviam naquela época estiveram mais preocupadas com o que deixariam para seus descendentes caso morressem, logo, raros eram os relacionamentos pautados no afeto, apesar disso alguns casamentos existia amor, carinho, cuidado, o que chamamos de afetividade. Ademais, após este período com os avanços da sociedade, a figura patriarcal perdeu força e foi surgindo a figura da mulher no cenário familiar com ajuda financeira.

O Código Civil de 1916 foi marcado pela patrimonialização e matrimonialização das relações familiares, com o surgimento da Constituição

⁷PERROT, Michelle. **O nó e o ninho**. Veja 25: reflexões para o futuro. São Paulo: abril, 1993.p.75

⁸FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar,1999. p.11.

Federal de 1988, as relações familiares começaram a receber uma maior atenção e proteção através dos princípios constitucionais. Além disso, com as alterações do Código Civil, em 2002 o casamento parou de ser a única forma de começar uma família e o foco passou a proteger a dignidade da pessoa humana em todos os contextos de sua vida.

Conforme Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald acrescenta:

Outrossim, deixando a família de ser compreendida como núcleo econômico e reprodutivo, avança-se para uma compreensão socioafetiva, e surgem, naturalmente, novas representações sociais, novos arranjos familiares. Abandona-se o casamento como ponto referencial necessário, para buscar a proteção e o desenvolvimento da personalidade do homem. É a busca da dignidade humana, sobrepujando valores meramente patrimoniais.⁹

Uma das significativas mudanças das entidades familiares foi a emancipação da mulher, considerando que as famílias monoparentais foram reconhecidas (famílias constituídas por mães solteiras), a inserção da mulher no mercado de trabalho, o direito ao voto foram alterações que contribuíram bastante para a construção de novas entidades familiares. Uma das alterações legislativa com maior expressão foi o Estatuto da Mulher Casada Lei. 4.121/62¹⁰, esta lei devolveu a capacidade à mulher casada, além disso os bens que foram adquiridos através do seu próprio trabalho passaram a ser assegurados e exclusivos da mulher.

Em relação aos aspectos jurídicos, diversas mudanças ocorreram na sociedade e diante disso houve a necessidade de alterar as constituições ao longo do tempo, mas é importante citar a Constituição Federal de 1988 porque possui um papel importante no direito de família, pois foi neste período que a família passou a ser também uma unidade socio afetiva e pluralizada, colocou fim na distinção entre os filhos naturais e ilegítimos, reconheceu outras formas de construção do âmbito familiar, como por exemplo a família monoparental. Além disso, houve o reconhecimento da igualdade entre os cônjuges. Evidencia-se, portando, um grande avanço no Direito de família a partir da constituição federal de 1988.

⁹FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de direito civil: famílias**. 9.ed.rev.e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.p. 37.

¹⁰BRASIL. **Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L4121.htm>Acessado em: 9 de maio de 2020.

2.2.1 Código Civil

O antigo Código Civil de 1916¹¹ possuía uma redação com visão discriminatória em relação as famílias, possuía expressões e conceitos limitados para a estrutura familiar, existia a qualificação da família como legítima, categorizava os filhos, fazia distinção entre homens e mulheres, fato este que ainda reflete nos dias atuais. A família, neste período, era criada apenas através do casamento, logo evidencia-se a indissolubilidade do vínculo matrimonial.

Além disso, ocorria a proscrição do concubinato. Evidencia-se, portanto, uma legislação obsoleta, pois atualmente as entidades familiares evoluíram, possuem novos conflitos e abrangência. Com o advento do novo Código civil de 2002,¹² termos preconceituosos foram afastados, houve o reconhecimento de outras formas de conjugabilidade ao lado da família legítima, a igualdade absoluta entre homem e mulher, a paridade de direitos entre filhos de qualquer origem, reconhecimento de uniões estáveis e a dissolução do vínculo matrimonial. Ademais, o ordenamento jurídico atual passou a ser dividido em duas partes: Direito existencial centrado na pessoa humana e o Direito patrimonial centrado no patrimônio, baseado em normas de ordem privada. Ocorreu, portanto, uma transição do que era pautado no patrimônio para uma compreensão solidária e afetiva. Logo, Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves¹³ entendem que os novos valores que inspiram a sociedade contemporânea sobrepujam e rompem, definitivamente, com a concepção tradicional de família.

2.2.2 Princípio da Convivência Familiar

De acordo com o Artigo 227 da Constituição Federal de 1988¹⁴ o princípio da convivência familiar possui característica de direito fundamental, é classificado também como um dever público do estado e dos membros da família, este direito

¹¹BRASIL. **Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm> Acessado em: 9 de maio de 2020.

¹²BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acessado em: 9 de maio de 2020.

¹³FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de direito civil: famílias**. 9.ed.rev.e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.p.35

¹⁴BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acessado em: 9 de maio de 2020.

também é assegurado no Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁵. Além disso, os princípios são de suma importância para o ordenamento jurídico, aqueles que versam sobre o direito de família possuem destaque, pois protegem integralmente toda entidade familiar. Possuem o objetivo de organizar as relações familiares e defender direitos que já estão positivados. Os princípios são a base para que de tal forma, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, obtermos a unidade e a coerência. Atualmente, com as diversas funções que os pais assumem, no cotidiano alguns genitores acabam deixando seus filhos com algum parente mais próximo por diferentes motivos, a criança ou o adolescente acaba criando laços de afeto, carinho, atenção, uma afinidade e suporte com aquela pessoa que está convivendo com ela.

Diante dos diferentes desdobramentos na estrutura familiar, foi necessária a criação de uma lei que assegurasse a convivência, visita dos avós em relação aos seus netos. A Lei 12.398 de 2011¹⁶ é de suma importância ao direito brasileiro, pois estendeu aos avós o direito de guarda e visita dos netos, com essa alteração o direito de visita se estendeu a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados o direito da criança e do adolescente.

3 GUARDA DE DIREITO E GUARDA DE FATO

3.1 CONCEITO DE GUARDA

O instituto jurídico da guarda adveio no ordenamento jurídico Brasileiro como uma forma de fortalecer as relações familiares, onde a criança antigamente era deixada de lado por uma das partes, o que fez a lei mudar e entender que a forma da Guarda compartilhada era o ideal para que a criança crescesse saudável, sabendo respeitar ambos os genitores independente de estarem separados.

Essa mudança ocorreu com o advento da Lei 13.058 de 2014 que alterou os artigos 1583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil de 2002, onde a guarda compartilhada passou a ser regra ao invés de opção, sendo assim a mesma passou

¹⁵BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em:

>http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> Acessado em: 9 de maio de 2020.

¹⁶BRASIL. Lei nº 12.398, de 28 de março de 2011. Disponível em:

>http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12398.htm> Acessado em: 9 de maio de 2020.

a ser uma combinação na sala de audiência as partes já esclarecem seus desejos a respeito do tempo de convivência.

Para Pablo Stolze, guarda compartilhada ou conjunta, é a modalidade preferível em nosso sistema, de inegáveis vantagens, mormente sob o prisma da repercussão psicológica na prole, se comparada a qualquer das outras. Nesse tipo de guarda, não há exclusividade em seu exercício. Tanto o pai quanto a mãe detêm-na e são corresponsáveis pela condução da vida dos filhos.¹⁷

A guarda influencia o direito de família, e seus reflexos no seio familiar atingem diretamente a tutela dos interesses da criança/adolescente, visto que o que se busca é, justamente, a continuação da família, célula-mater da sociedade.

Portanto, se tornou uma regra geral a concessão da guarda compartilhada, e tem sido a decisão mais acertada no que concerne aos conflitos dentro das varas de família, até por que deixar esta decisão para os pais, muitas vezes, torna-se um verdadeiro equívoco, pois a criança passa a ser objeto de barganha entre eles, ainda mais quando houve traição de um dos cônjuges e, conseqüentemente, o fim da relação conjugal.

Um novo modelo passou, assim, aos poucos, a ser utilizado nas Varas de Família, com base na ideologia da cooperação mútua entre os separando e divorciando, com vistas a um acordo pragmático e realístico, na busca do comprometimento de ambos os pais no cuidado aos filhos havidos em comum, para encontrar, juntos, uma solução boa para ambos e, conseqüentemente, para seus filhos. Tal sistema é muito utilizado nos Estados Unidos da América do Norte com o nome de *joint custody*.¹⁸

Desta forma, a guarda compartilhada tenta inserir na sociedade a proteção integral das crianças, fazendo com que exista uma cooperação entre a família, mesmo que desunida, em prol da criança estar bem.

A guarda, assim, compreendida a partir da normatividade constitucional, cumpri uma importante função de ressaltar a prioridade absoluta do interesse da criança, contribuindo para evitar o abandono e o descaso de pais ou responsáveis com menores e para permitir-lhes um feliz aprimoramento moral, psíquico e social.¹⁹

¹⁷GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil, volume 6: direito de família**. 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p.650

¹⁸GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família**. 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.p.139.

¹⁹FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de direito civil: famílias**. 9.ed.rev.e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.p.676

O que passou a vigor na família foi o direito de convivência, onde o direito de visita, pode ser regulamentado segundo a concordância de ambos os genitores ou por determinação do juiz, que agora por regra geral é obrigatória.

A guarda constitui instituto assistencial do direito de família, a qual pressupõe processo judicial e, em hipótese alguma, extingue o poder familiar. Serve regular o estado de fato relativo à posse da criança ou do adolescente, menor de dezoito anos e não emancipado. Dialoga com o regulamento da convivência do menor com os seus genitores ou terceiros.

²⁰

Levando-se sempre em consideração o melhor interesse da criança e do adolescente. Esse lapso de tempo entre a troca de 15 dias entre os genitores tem que haver um cuidado para a criança não se sentir estranha entre conviver com outras pessoas da nova família que seus genitores construíram. Conforme defende Flávio Tartuce:

Com a Lei da Guarda Compartilhada Obrigatória, o dispositivo passou a estabelecer que, “na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos”. Em suma, nota-se que os critérios antes mencionados foram retirados, com a revogação dos três incisos do art. 1.583, § 2.º, da codificação privada.²¹

Portanto, a guarda compartilhada deve ser uma garantia ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Na ótica civil, essa proteção integral pode ser percebida pelo princípio de melhor ou maior interesse da criança, ou best interest of the child, conforme reconhecido pela Convenção Internacional de Haia, que trata da proteção dos interesses das crianças. O CC/2002, nos seus artigos 1.583 e 1.584, acaba por reconhecer tal princípio, ao regular a guarda durante o poder familiar. Esses dois dispositivos foram substancialmente alterados, inicialmente, pela Lei 11.698, de 13 de junho de 2008, que passou a determinar como regra a guarda compartilhada, a prevalecer sobre a guarda lateral, aquela em que um genitor detém a guarda e o outro tem a regulamentação de vistas em seu favor.²²

²⁰FIGUEIREDO Luciano L. e FIGUEIREDO, Roberto L. **Coleção sinopses para concursos, Direito civil Família e Sucessões**, 2ª edição- revista, ampliada e atualizada, 2015, Editora Juspodivm,p.483.

²¹TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito de família – v. 5**, 14. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.p.403.

²²**Idem**, **ibidem**.p.520.

Assim, a proteção integral da criança deve ser respeitada, e não é possível que a criança sofra por causa das atitudes erradas dos seus genitores.

3.1.1 Diferença entre guarda de direito e guarda de fato

A quem vai pertencer a guarda da criança é um dos questionamentos que mais acontece quando as partes procuram discutir a respeito do processo de separação/divórcio.

A guarda de fato é a situação que exteriorizada a condição vivenciada pelos genitores e pela criança, pode ser dito como o tipo de guarda antes que exista algum tipo de definição judicial acerca da guarda.

A exemplo, são os casos onde o casal se separa e a mãe fica com a criança morando e cuidando, essa mãe possui a guarda de fato, pois mesmo que não haja nenhum acordo formal entre os genitores, foi a mãe que ficou e permaneceu responsável pela criança, ou no caso se for o pai na situação de cuidador da criança ele possuiria a guarda de fato.

Para decidir a respeito da guarda, seja ela pela guarda de fato ou pela guarda fixada judicialmente, sempre deve ser levado em consideração o benefício a criança, portanto tem a guarda quem melhor pode atender as necessidades da criança.

Ambos os pais tem direito de guarda, pelo fato de a criança ser fruto do relacionamento que ocorreu entre os dois.

Vale destacar que a guarda de fato pode ser retirada e até mesmo ser concedida para outra pessoa, pelo Judiciário. O juiz pode entender que uma das partes é mais viável para ter a guarda da criança. Se um dos pais declarar, em juízo, que não quer a guarda da criança, a guarda unilateral é atribuída ao outro genitor.

A Guarda se apresenta de três formas em nosso ordenamento jurídico Brasileiro, sendo estas de forma unilateral, alternada e compartilhada.

Todas as decisões devem ser discutidas entre os dois, seja qual o assunto for, os dois decidem juntos para o melhor interesse da criança, independente das brigas e desavenças o bem estar da criança em primeiro lugar.

[...] a guarda deve ser concedida a quem possuir melhor relação de socio afetividade, além de proporcionar as melhores condições de segurança, saúde e educação para a criança ou o adolescente. Considera-se não apenas a relação individual, mas também a relação com a linhagem familiar (paterna ou materna), independentemente do sexo (masculino ou feminino).

23

É importante mencionar que mesmo a regra geral sendo a guarda compartilhada, ela não será obrigatória, sendo assim, o juiz levará em consideração a forma mais adequada de guarda. Se as duas pessoas possuem condições, a primeira opção é dividir a guarda.

A guarda pode ser concedida aos avôs, seja da parte materna ou paterna, se estes estiverem disponíveis quando os genitores não puderem ser responsáveis pela criança, esse fato será abordado no próximo capítulo deste artigo.

A guarda pode ser definitiva ou temporária, a forma definitiva quando o guardião deseja ter a criança ou o adolescente como membro da família substituta com todos os direitos e deveres acrescidos. Nesse caso o menor não será considerado pupilo ou filho. A situação jurídica será assistencial, não gerando, portanto, futuros direitos sucessórios.

A guarda temporária é aquela que está à espera de seu fim, mas um fim planejado, melhor dizendo, a guarda temporária em algumas situações é apenas uma fase, quando se trata de uma adoção posterior ou outros nesse mesmo raciocínio. Então temos na guarda temporária uma condição e ao finda se essa condição, com ela também acabara a guarda temporária, ela também poderá acabar quando o detentor da guarda, passar no processo de adoção, tendo o mesmo a criança como seu filho.

A guarda também pode ser concedida por medida de segurança, pelo fato de que os genitores terem que se afastar dos filhos, tendo em primeiro lugar a proteção da criança e do adolescente.

3.1.1.1 Guarda de fato e o Princípio da afetividade

²³FIGUEIREDO Luciano L. e FIGUEIREDO, Roberto L. **Coleção sinopses para concursos, Direito civil Família e Sucessões**, 2. edição- revista, ampliada e atualizada, 2015, Editora Juspodivm,p.484.

Conforme dito anteriormente a guarda de fato é quem fica com a criança antes que seja estipulada a questão judicial da guarda.

O amor da criança para os seus genitores é inegável, a criança pode até dizer que não tem favorito para não magoar o pai ou a mãe, pois ama ambos igualmente, e quer estar com estes, convivendo mesmo com a separação de seus pais.

Uma das razões da popularidade do princípio do afeto, e que este se tornou a base de reconhecimento no ordenamento jurídico de diversos tipos de família, independente dos laços sanguíneos, o elo que existe entre a criança e a pessoa que cuida da mesma é que é analisado dentro da esfera processual e psicológica.

Por essa razão, a criança também pode amar seus avôs e querer estar com eles, a situação do afeto ganhou força dentro das relações familiares, sendo reconhecido e exteriorizado. O afeto vem da importância da família, no que é dito no art. 226 da carta magna.

Este princípio encontra-se positivado de forma implícita no teor da Constituição Federal de 1988, sendo uma forma de exteriorização do carinho. Conforme pontua Caio Mario:

Em que pese não estar positivado no texto constitucional, pode ser considerado um princípio jurídico, à medida que seu conceito é construído por meio de uma interpretação sistemática da Constituição Federal (art. 5º, § 2º, CF) princípio é uma das grandes conquistas advindas da família contemporânea, receptáculo de reciprocidade de sentimentos e responsabilidades. Pode-se destacar um anseio social à formação de relações familiares afetuosas, em detrimento da preponderância dos laços meramente sanguíneos e patrimoniais. Ao enfatizar o afeto, a família passou a ser uma entidade plural, calcada na dignidade da pessoa humana, embora seja, *ab initio*, decorrente de um laço natural marcado pela necessidade dos filhos de ficarem ligados aos pais até adquirirem sua independência e não por coerção de vontade, como no passado. Com o decorrer do tempo, cônjuges e companheiros se mantêm unidos pelos vínculos da solidariedade e do afeto, mesmo após os filhos assumirem suas independências. Essa é a verdadeira diretriz prelecionada pelo princípio da afetividade.²⁴

Pensando um pouco diferente Paulo Lôbo pontua que o afeto não pode ser imposto na família, ele cresce e nasce se relacionando com as pessoas e suas

²⁴PEREIRA, Caio Mário da Silva, **Instituições de direito civil: direito de família** – 26. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 69.

atitudes. Para o autor mesmo que o afeto seja importante, ele tem que ser natural e a pessoa não se sentir obrigada em sentir afeto por outrem.

A afetividade, como princípio jurídico, não se confunde com o afeto, como fato psicológico ou anímico, porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações; assim, a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles.²⁵

Portanto, o afeto para o direito é de suma importância ao mesmo tempo que é um sentimento ele é uma forma de exteriorizar o seu carinho por alguém, com respeito e admiração. A criança não precisa escolher um lado, ela tem que amar os dois lados. Além disso, ao longo das transformações ocorridas na sociedade, nota-se que o afeto é o elemento principal existente dentro das famílias, não há como se distanciar da análise desse elemento, os juristas e o Direito que deve acompanhar as evoluções e transformações das entidades familiares.

4. DOS ALIMENTOS

4.1 CONCEITO DOS ALIMENTOS

Para o direito, a palavra alimentos compreende tudo aquilo que uma pessoa precisa para viver dignamente, portanto, na questão da criança é o que garante sua subsistência.

Desta forma, o direito aos alimentos se origina da necessidade de garantia à vida, pois sem o alimento o ser humano não pode sobreviver.

Conforme leciona Pablo Stolze: “Juridicamente, os alimentos significam o conjunto das prestações necessárias para a vida digna do indivíduo”.²⁶

Segundo Arnaldo Rizzardo, esta obrigação, coloca a pessoa no dever de prestar à outra o necessário para a sua manutenção e, em certos casos, para a criação, educação, saúde e recreação; em suma, para atender às necessidades fundamentais do cônjuge ou do parente.²⁷

²⁵LÔBO, Paulo. **Direito civil: volume 5: famílias**, – 8. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.p. 72.

²⁶GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil, volume 6: direito de família**. 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p.. 721.

²⁷RIZZARDO, Arnaldo. **Direitos de Família**– 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.p.1123.

A única forma de deixar a criança saudável é através de uma boa alimentação, e em um lar que possua boas condições de vida digna, pois a mesma não tem como obter seu sustento sem o auxílio de algum responsável pela mesma.

Para Carlos Roberto Gonçalves, o vocábulo "alimentos" tem, todavia, conotação muito mais ampla do que na linguagem comum, não se limitando ao necessário para o sustento de uma pessoa. Nele se compreende não só a obrigação de os prestar, como também o conteúdo da obrigação a ser prestada. A aludida expressão tem, no campo do direito, uma acepção técnica de larga abrangência, compreendendo não só o indispensável ao sustento, como também o necessário à manutenção da condição social e moral do alimentando.²⁸

Portanto, essa situação demonstra que é necessário conceder alimentos para garantir a existência com dignidade para a criança.

Paulo Lôbo ressalta a questão da manutenção da existência baseada nos valores das necessidades do ser humano.

Alimentos, em direito de família, tem o significado de valores, bens ou serviços destinados às necessidades existenciais da pessoa, em virtude de relações de parentesco (direito parental), quando ela própria não pode prover, com seu trabalho ou rendimentos, a própria manutenção. Também são considerados alimentos os que decorrem dos deveres de assistência, em razão de ruptura de relações matrimoniais ou de união estável, ou dos deveres de amparo para os idosos (direito assistencial). Os alimentos podem ser em dinheiro, também denominados pensão alimentícia, e in natura, ou naturais, como a entrega de imóvel para moradia e de coisas para consumo humano. O adimplemento da obrigação pode ser direto (quantia em dinheiro) ou indireto (pagamento das mensalidades escolares, de clubes, de academia de ginástica etc.).²⁹

Assim, o direito a alimentos traz a obrigação de alimentar, visto que é dever dos pais concederem uma dignidade à criança, como forma de subsistência, seja em comida, vestuário, remédios, educação entre outros fatores.

Colaborando com esse entendimento, Álvaro Villaça, pontua a terminologia de alimentos:

A palavra alimento descende da latina alimentum, i, que significa sustento, alimento, manutenção, subsistência, do verbo alo, is, ui, itum, ere

²⁸GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família**. 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.p.565.

²⁹LÔBO, Paulo. **Direito civil: volume 5: famílias**, – 8. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.p. 269.

(alimentar, nutrir, desenvolver, aumentar, animar, fomentar, manter, sustentar, favorecer, tratar bem).³⁰

Pode ser ressaltado que o direito fundamental da vida é uma forma de trazer a necessidade de alimentos para sobreviver. E este, é um compromisso do Estado garantir a vida e a dignidade da pessoa humana, conforme a Constituição Federal de 1988.

Todos têm direito de viver, e com dignidade e buscar tais direitos reafirmam que se deve tratar os alimentos como uma vertente da efetividade do princípio da preservação da dignidade humana.

Por essa razão que os alimentos têm a natureza de direito de personalidade, pois asseguram a inviolabilidade do direito à vida, a integridade física. Inclusive estão reconhecidos entre os direitos sociais.

Concordando, Flávio Tartuce, leciona que os alimentos se baseiam em direitos fundamentais garantido pela Constituição.

A obrigação alimentar e o correspondente direito aos alimentos têm características únicas, que os distinguem de todos os outros direitos e obrigações (obrigação *sui generis*). Tanto isso é verdade que o inadimplemento da obrigação de prestar alimentos fundada em vínculo de Direito de Família (*alimentos familiares*) possibilita a prisão do devedor (art. 5.º, inc. LXVII, da CF/1988)³¹

Desta forma, os alimentos estão positivados no teor da Constituição Federal de 1988, sendo uma reafirmação ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana mais como uma forma de obter o direito a subsistência.

Alimentos podem ser conceituados como tudo o que se afigurar necessário para a manutenção de uma pessoa humana, compreendidos os mais diferentes valores necessários para uma vida digna.

Por óbvio, incluem nos alimentos tanto as despesas ordinárias, como os gastos com alimentação, habitação, assistência médica, vestuário, educação, cultura e lazer, quanto às despesas extraordinárias, envolvendo, por exemplo, gastos em farmácias, vestuário escolar, provisão de livros educativos. Somente não estão alcançados os gastos supérfluos ou luxuosos e aqueles decorrentes de vícios pessoais.³²

³⁰AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil: direito de família**, – 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 411.

³¹TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único** – 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020. p. 2075.

³²FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de direito civil: famílias**. 9.ed.rev.e atual. Salvador: Ed.

Esse reconhecimento vem assegurar o direito à vida, mais não uma vida qualquer mais sim uma vida mais digna. No tocante às relações familiares, a família tutelada pela Constituição deve servir como espaço e instrumento de proteção e garantia desta dignidade.

Bem como defende Paulo Nader, o direito aos alimentos emana do próprio direito à vida, que ao mesmo tempo é princípio de Direito Natural e de Direito Positivo. Para que o direito à vida se efetive, é indispensável que a ordem jurídica ofereça aos indivíduos instrumentos eficazes de sua proteção. Um deles, iniludivelmente, é o direito de exigir, à pessoa da família, as condições básicas de subsistência.³³

Assim sendo, os alimentos não podem ser negados e muito menos usados como forma de vingança entre as partes, o interesse é a concessão de uma vida mais digna ao alimentado que no caso é a criança.

4.2 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA FIXAÇÃO DOS ALIMENTOS

O alimentante fica com a responsabilidade de pagar o que for fixado de acordo com as necessidades do alimentado. Vale ressaltar que são proporcionais as condições da pessoa obrigada a pagar a pensão alimentícia. Onde essa necessidade deve ser pleiteada e demonstrada para que aconteça.

Para doutrinadores, tais como Flávio Tartuce e Maria Berenice Dias, o princípio da proporcionalidade que norteia a fixação dos alimentos, tendo por pressuposto as possibilidades do alimentante e as necessidades do alimentando. Como o encargo decorre do poder familiar, do dever de mútua assistência, dos vínculos de parentesco e da solidariedade familiar dispõe de um componente ético. Não dá para permitir que pessoas que mantêm – ou deviam manter – um vínculo afetivo, vivam em situação de flagrante desequilíbrio. Esta é a origem do balizamento que norteia a fixação dos alimentos.³⁴

JusPodivm, 2016.p.566.

³³NADER, Paulo. **Curso de direito civil, v. 5: direito de família**. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 432.

³⁴DIAS, Maria Berenice.**Dois pesos e duas medidas para preservar a ética: irrepetibilidade e retroatividade do encargo alimentar**. Disponível em:<<<http://professorflavioartuce.blogspot.com/2007/04/novo-artigo-de-maria-berenice-dias.html>>>. Acesso em: 08 maio 2020.

A obrigação alimentar, de modo geral, dilata-se por longos períodos de tempo, é comum ocorrer o aumento ou a redução quer das possibilidades do alimentante, quer das necessidades do alimentando. Portanto, são frequentes as ações revisionais, o que, no entanto, não afronta a imutabilidade do decidido.

A possibilidade revisional leva à falsa ideia de que a decisão sobre alimentos não é imutável. Transitada em julgado a sentença que estabelece a obrigação alimentar, atinge a condição de coisa julgada material, não podendo novamente esta questão ser reexaminada.³⁵

Com fulcro no Artigo 1694, parágrafo 1º do Código Civil de 2002, que trata que os alimentos deverão ser fixados de acordo com as necessidades e proporções do reclamante e ainda de acordo com a condição da pessoa que terá a obrigação de conceder os alimentos.

Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

§ 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.³⁶

Bem como conforme o Art. 1.695, que apenas são devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento.³⁷

Vale destacar que as despesas não se limitam somente a alimentos para a criança, como já dito anteriormente, para que assim se possa ter o essencial para uma vida mais equilibrada.

4.3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NA FIXAÇÃO DOS ALIMENTOS

³⁵DIAS, Maria Berenice. **Princípio da proporcionalidade para além da coisa julgada**. Disponível em: <<<https://www.migalhas.com.br/depeso/33147/principio-da-proporcionalidade-para-alem-da-coisa-julgada>>> Acesso em: 08 maio 2020.

³⁶BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <<<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/10615264/paragrafo-1-artigo-1694-da-lei-n-10406-de-10dejaneiro-de-2002>>>. Acesso em: 14 maio 2020.

³⁷**Idem, ibidem**. Disponível em: <<<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10615197/artigo-1695-da-lei-n-10406-de-10-dejaneiro-de-2002>>> Acesso em: 14 maio 2020.

Como se busca dignidade e meio de manutenção a vida, os alimentos gozam dos interesses dos seguintes Princípios: Solidariedade e da Dignidade da pessoa humana, por se tratar de relação familiar.

O princípio da dignidade da pessoa humana também engloba o dever de alimentar, estando disposto também no teor de outras leis, como é o caso dos alimentos gravídicos.

O direito de família trata os alimentos com muita importância, visto que se refere a garantia à subsistência para um necessitado (crianças, adolescente ou alguém que seja dependente de outro) de ser alimentado.

Desta forma, os alimentos se encontram positivados no teor da Constituição Federal de 1988, sendo uma afirmação ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, mais como uma forma de obter o direito a subsistência. Onde através do enunciado do art. 5º, caput, consta também o direito à vida.

Nas relações familiares acentua-se a necessidade de tutela dos direitos da personalidade, por meio da proteção à dignidade da pessoa humana, tendo em vista que a família deve ser havida como centro de preservação da pessoa, da essência do ser humano, antes mesmo de ser tida como célula básica da sociedade.³⁸

A dignidade, vem a ser o conjunto de todos os conhecimentos que o ser humano tem do direito de ter uma família unida e bem estruturada, de sermos parte integrante de um núcleo familiar sadio e respeitador e levar assim para a sociedade nossos princípios éticos.

Para Pablo Stolze a dignidade humana somente é preservada na medida em que se garante o respeito à dimensão existencial do indivíduo, não apenas em sua esfera pessoal, mas, principalmente, no âmbito das suas relações sociais. E, nessa última, avulta a perspectiva familiar em que cada pessoa se projeta ou está inserida. Assim, é forçoso concluir que o respeito ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana somente será pleno e efetivo quando observado também no seio das relações de família.³⁹

³⁸MONTEIRO, Washington de Barros; TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz, **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 40 Ed. São Paulo: Saraiva 2010. p.29.

³⁹GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil, volume 6: direito de família**. 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 98

Para Carlos Roberto Gonçalves a decorrência no disposto art. 1º, III, da Constituição Federal. Verifica-se, com efeito, do exame do texto constitucional. O princípio do respeito à dignidade da pessoa humana constitui, assim, base da comunidade familiar, garantindo o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, principalmente da criança e do adolescente (CF, art. 227).⁴⁰

Prevê o art. 1º, inc. III, da CF/1988, que o Estado Democrático de Direito brasileiro tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. Trata-se do que se denomina princípio máximo, ou super princípio, ou macro princípio, ou princípio dos princípios. Diante desse regramento inafastável de proteção da pessoa humana é que está em voga, atualmente, falar em personalização, despersonalização e despatrimonialização do Direito Privado.⁴¹

Atualmente, há uma necessidade de se implantar cada vez em nossas famílias a solidariedade, de modo a conciliar as exigências coletivas com os interesses particulares.

O princípio da Solidariedade familiar é de total importância para uma família, pois o apoio mútuo é essencial para que a família possa evoluir, auxiliar, conceder apoio nas horas mais difíceis, pois isso é basicamente a função da família. Importante frisar que este princípio implica em respeito e consideração mútuos em relação aos membros da entidade familiar.

O princípio jurídico da solidariedade resulta da superação do modo de pensar e viver a sociedade a partir do predomínio dos interesses individuais (individualismo), que marcou os primeiros séculos da modernidade, com reflexos até a atualidade. Na evolução dos direitos humanos, aos direitos individuais vieram concorrer os direitos sociais, nos quais se enquadra o direito de família. No mundo antigo, o indivíduo era concebido apenas como parte do todo social; daí ser impensável a ideia de direito subjetivo. No mundo moderno liberal, o indivíduo era o centro de emanção e destinação do direito; daí ter o direito subjetivo assumido a centralidade jurídica. No mundo contemporâneo, busca-se o equilíbrio entre os espaços privados e públicos e a interação necessária entre os sujeitos, despontando a solidariedade como elemento conformador dos direitos subjetivos.⁴²

Conforme pontua Rolf Madaleno, a solidariedade no âmbito dos alimentos

⁴⁰GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família**. 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.p.23.

⁴¹TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único** – 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.p.1750

⁴²LÔBO, Paulo. **Direito civil: volume 5: famílias**, – 8. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.p. 57.

também se faz presente no dever da mútua assistência material, embora com diferentes matizes quando se refere às necessidades materiais do idoso, tendo este merecido tratamento privilegiado, por força do artigo 12 do Estatuto do Idoso, ao autorizá-lo a escolher seu devedor entre os prestadores de seus alimentos, não sendo aplicada a regra do Código Civil de os parentes mais próximos serem chamados em primeiro lugar e recaiando a obrigação sempre no mais próximo em grau de parentesco.⁴³

Portanto, a solidariedade é a ajuda ao outro de forma ampla e sem pedir nada em troca, é apenas ter um pouco de carinho e cuidado com as pessoas que convivem, e tem os laços sanguíneos pelo fato da relação familiar.

4.4 OBRIGAÇÃO ALIMENTAR

A obrigação alimentar pertence à família, devendo a família usar da paternidade responsável em saber que os filhos precisam comer e se vestir, dormir em segurança, sabendo que tem os pais ao lado para poderem ter uma sobrevivência digna.

Objeto de estudo no Direito de Família é apenas a obrigação alimentar originária de parentesco ou relação de casais. Podem pleitear alimentos os parentes, os cônjuges e os companheiros. Malgrado o grande alcance social do instituto e o interesse popular que em torno dele gravita, afora a grande incidência das ações alimentares.⁴⁴

Desta forma não deixa de ser tão importante, pois roupa, comida são itens de extrema necessidade ainda mais a uma criança. Conforme ressalta Maria Berenice: “A obrigação de prestar alimentos ao filho surge mesmo antes de seu nascimento. Apesar de a lei não prever expressamente, o nascituro tem direito a alimentos, pois a lei resguarda seus direitos desde a concepção (CC 2.º).”⁴⁵

A obrigação alimentar e o correspondente direito aos alimentos têm características únicas, que os distinguem de todos os outros direitos e obrigações

⁴³MADALENO, Rolf. **Manual de Direito de Família**. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 20.

⁴⁴NADER, Paulo. **Curso de direito civil, v. 5: direito de família**. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 432.

⁴⁵DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11 ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.968.

(obrigação *sui generis*). Tanto isso é verdade que o inadimplemento da obrigação de prestar alimentos fundada em vínculo de Direito de Família (*alimentos familiares*) possibilita a prisão do devedor (art. 5.º, LXVII, da CF/1988).⁴⁶

Para Yussef Said Cahali, a obrigação alimentar está fundada sobre um interesse de natureza superior, detendo um caráter de ordem pública das normas disciplinadoras da obrigação legal de prestar alimentos, não se resumindo aos interesses privados do credor, mas, com atuação que respeita a uma faixa geral da sociedade, com destacado conteúdo ético pelo fato de as regras que o governam estarem relacionadas à integridade física e moral da pessoa, sua digna subsistência e personalidade, portanto, consubstanciando-se em direitos fundamentais da pessoa humana. São algumas das particularidades inerentes à obrigação alimentar: o direito personalíssimo, a transmissibilidade e a divisibilidade.⁴⁷

A Constituição Federal de 1988 busca conceder direitos a todos independente de idade ou condição econômica, a dignidade da pessoa humana pertence a cada cidadão Brasileiro conforme o amparo da carta magna, o direito à vida, saúde, alimentação entre outros. Para Carlos Roberto Gonçalves a obrigação de prestar alimentos é transmissível, divisível, condicional, recíproca e mutável. Transmissibilidade. Tal característica constitui inovação do Código de 2002, pois o de 1916 dispunha, diversamente, no art. 402, que “a obrigação de prestar alimentos não se transmite aos herdeiros do devedor”, extinguindo-se, pois, pela morte do alimentante. Mas, se houvesse atrasados, respondiam por eles os sucessores, porque não constituíam mais pensão, entrando na classe das dívidas que oneravam a herança.⁴⁸

Destaca-se assim conforme Arnaldo Rizzardo, que o dever de prestar alimentos na solidariedade humana e econômica que deve imperar entre os membros da família ou os parentes. Há um dever legal de mútuo auxílio familiar, transformado em norma, ou mandamento jurídico. Originariamente, não passava de

⁴⁶TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único** – 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020. p.910.

⁴⁷CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 3. ed. São Paulo: RT, 1998.p.94.

⁴⁸GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família**. 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.p.567.

um dever moral, ou uma obrigação ética, que no direito romano se expressava na equidade, ou no *officium pietatis*, ou na *caritas*.⁴⁹

Pelo ordenamento jurídico Brasileiro os alimentos têm finalidade social, moral e solidária dentro da família. E assim, gera o direito ao dever alimentar através da relação existente entre as pessoas daquela família.

5 OBRIGAÇÃO ALIMENTAR AVOENGA

5.1 RESPONSABILIDADE DOS AVÔS NA PRESTAÇÃO ALIMENTAR DOS NETOS

A obrigação alimentar dos demais parentes da entidade familiar surgiu quando as famílias passaram por uma reconfiguração, do qual passaram a se chamar família extensa e ampliada, pautados em vínculos de afinidade e afetividade, que não se limitam apenas na figura dos genitores e se estenderam aos demais parentes. Em relação a responsabilidade dos avós na prestação alimentar dos netos surgiu a priori no Código Civil no art. 1.696 e art.1.698⁵⁰ as redações desses artigos diz que o direito a prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, mas é extensivo a todos os ascendentes, recaindo nos mais próximos, logo evidencia-se que a obrigação alimentar dos avós em relação aos netos só irá surgir, caso um dos genitores não possuírem condições para arcar com o encargo, tornando-se portanto esta obrigação alimentar subsidiária, e não solidária, nota-se que a obrigação está mais condicionada a necessidade da criança do que a possibilidade do ascendente, pois o avô ou avó pode ter recursos suficientes para arcar, porém é necessário a análise do caso concreto para verificar se um dos pais não está prestando integralmente a obrigação.

Como esclarece e reafirma o Enunciado nº 342 do CJF/STJ na IV Jornada de Direito Civil⁵¹, que se trata da responsabilidade subsidiária dos demais parentes, nos casos dos avós e podem ser encontrados julgados entendendo pela responsabilidade subsidiária, sucessiva e complementar dos avós no STJ.

⁴⁹RIZZARDO, Arnaldo. **Direitos de Família**– 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.p 1131.

⁵⁰BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acessado em: 27 de maio de 2020.

⁵¹BRASIL.**IV Jornada de Direito Civil, de 27 de outubro de 2006**. Disponível em:
<<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/387>> Acessado em: 27 de maio de 2020;

5.1.1 Os Alimentos avoengos frente ao princípio da solidariedade

A solidariedade familiar está relacionada a cooperação entre os membros da família, ser solidário significa responder pelo outro, assim como no direito das obrigações e ainda, significa dizer que é preocupar-se com a outra pessoa tornando o ambiente familiar um ambiente mais equilibrado, o próprio significado da palavra solidariedade está relacionado a fraternidade e reciprocidade. Além disso, este princípio está elencado no artigo 3º, I, da Constituição Federal de 1988⁵², onde diz que é objetivo fundamental a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Em relação aos alimentos e a obrigação alimentar avoenga, ocorre que no caso da ausência dos pais, serão chamados os ascendentes que estejam em linha reta, ou seja, os legitimados mais próximos pra cumprir a obrigação alimentar no caso dos avós por exemplo, ajudar, cooperar em relação as necessidades da criança ou adolescente, os próprios integrantes em regra são reciprocamente credores e devedores dos alimentos. Em suma, este princípio da solidariedade familiar teve origem nos vínculos afetivos.

Conforme o que escreveu Maria Berenice Dias:

Em se tratando de crianças e adolescentes, esse dever de solidariedade, que pode ser traduzido como um dever de socorro espiritual e de assistência material é atribuído pelo artigo 227 da Constituição Federal, por primeiro à família, depois à sociedade e finalmente ao Estado, e assim sucede por ser a família o núcleo primeiro de proteção, não devendo a sociedade se esquivar dessa obrigação e tampouco o Estado, mesmo porque vale lembrar ser a família a base da sociedade, merecendo a proteção do Estado. Seria impensável pudessem os cidadãos em formação ser relegados ao abandono e jogados à própria sorte, não permeasse como direito fundamental o princípio da solidariedade.⁵³

Ocorre que na prática, o ato de ajudar voluntariamente pode não acontecer e então o parente que possui condições financeiras é chamado para constar no polo da ação judicial para prestar alimentos e então surge o questionamento em face deste ato, tendo em vista que em determinadas situações os avós já prestam toda a assistência material, psicológica, afetiva, aos netos, porém não possuem a guarda de direito e há a necessidade de regularizar tal

⁵²BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acessado em: 29 de maio de 2020.

⁵³DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**, São Paulo: RT, 2006. p. 56.

situação na justiça, o que acaba afastando o caráter solidário. Apesar do artigo 265 do Código Civil⁵⁴ explicar que a solidariedade não se presume, e a doutrina jurisprudência entender que o dever de prestar alimentos não é solidário pela característica da divisibilidade do dever de alimentos, tais fatos não afastam o princípio da solidariedade, pois vai analisar o critério da proporcionalidade e da sucessividade. Tal tema possui diferentes posicionamentos e requer um estudo mais aprofundado, conclui-se que o dever de alimentar não possui todas as características do princípio da solidariedade, pois depende do caso concreto de cada entidade familiar, porém é importante enfatizar que a solidariedade familiar não é apenas patrimonial, mas também é afetiva e psicológica.

5.2 ANÁLISE DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR AVOENGA DIANTE DO EXERCÍCIO DA GUARDA DE FATO

Ao nascer, o indivíduo recebe o nome dos pais e dos avós, o direito ao nome assim como o direito ao sustento, o direito à vida, são conquistas importantes que ao longo do tempo a sociedade conquistou. O Direito das famílias procura proteger, resguardar e estudar cada entidade familiar, desde séculos passados até o avanço da atual sociedade contemporânea os avós possuem um papel importante na criação dos netos, tornaram-se exemplos de demonstração de afeto, carinho, atenção, apesar de não exercerem a guarda de direito assumem todo o ônus e o bônus oriundos do convívio direto e imediato com os netos. Avós e avôs recebem e dão afeto, fazendo parte da construção das famílias brasileiras, não apenas no nome elencado na certidão de nascimento, representam símbolo dos laços de afetividade existente nas famílias. Ressalta-se a ligação entre o papel do princípio da afetividade existente na relação entre avós e netos, proporcionam educação, ensinamentos, alimentação, proteção na ausência dos genitores da criança, lazer, a ajuda é recíproca e solidária. Durante anos, foram responsáveis por todo o suporte em relação aos netos, fato este que pode torná-lo como devedor principal da obrigação alimentar diante do princípio da afetividade, afirmação esta que diante dos diferentes pensamentos doutrinários, causa instabilidade em relação ao tema.

⁵⁴BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acessado em: 29 de maio de 2020.

O doutrinador Paulo Lôbo cita expressamente quais dispositivos constitucionais permitiriam a constatação da afetividade como princípio constitucional implícito:

O princípio da afetividade está implícito na Constituição. Encontram-se na Constituição os fundamentos essenciais do princípio da afetividade, constitutivos dessa aguda evolução social da família brasileira, além dos já referidos: a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º); b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º); c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º); d) a convivência familiar (e não a origem biológica) é prioridade absoluta assegurada à criança e ao adolescente (art. 227).⁵⁵

Conforme ressalta-se Ricardo Calderón:

O conceito de família, a definição do que se entende por entidade familiar, o reconhecimento da relação paterno/materno-filial, os institutos da guarda e da visitação, os critérios para estipulação de famílias substitutas, os casos de dever alimentar, enfim, todas as categorias de Direito de Família serão afetadas pelo princípio da afetividade.⁵⁶

Ocorre que apesar de divergências em relação ao tema, doutrinadores como Ricardo Calderón, Paulo Lobo, e o Magistrado Luiz Edson Fachin defendem a importância da análise do princípio da afetividade na relação existente entre parentes, tendo em vista a criação do laço afetivo. Logo, diante da relação de parentesco, da solidariedade familiar, a afetividade, diante dos princípios da proporcionalidade e necessidade, do melhor interesse da criança. Portanto, haveria a possibilidade da fixação da guarda de direito para os avós diante dos princípios constitucionais com a defesa do princípio da afetividade, em razão dos longos anos de solidariedade familiar e convívio direto com a criança e o adolescente.

Quiçá haveria a possibilidade inclusive, da obtenção da adoção em relação aos netos, fundamentando-se também na irresponsabilidade e abandono

⁵⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 48.

⁵⁶ Calderón, Ricardo. **Princípio da afetividade no direito de família** / Ricardo Calderón. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. p.54

dos pais. O fato dessas providências judiciais não terem sido tomadas no Poder Judiciário, não pode justificar o afastamento da obrigação alimentar dos avós. Isso é mera formalidade. Como os alimentos é instituto diretamente ligado ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e Solidariedade Familiar, afastar a obrigação alimentar dos avós significaria o mesmo que colocar esses netos em uma situação de maior vulnerabilidade, o que certamente fere o Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente, colocando em risco a efetividade e celeridade do processo. Também a denominada Lei da Adoção Lei Federal nº 12.010/2009⁵⁷, ao prever as condições que serão levadas em conta para estipulação da família extensa ou substituta trouxe em seu texto duas remissões expressas à afetividade, que passa, então, a ser critério balizador do julgador no momento de definir o destino do adotando, no artigo 25 parágrafo único diz que entende-se como família extensa ou ampliada aquela que vai além da unidade entre pais e filhos, formada por parentes próximos com os quais a criança ou o adolescente já convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade, nota-se que o princípio da afetividade está expresso neste artigo.

6. CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente trabalho possibilitou uma análise acerca dos alimentos avoengos diante da guarda de fato, e a possibilidade dos avós assumirem a obrigação de prestar alimentos em face dos netos, uma vez que este tema está inserido dentro do instituto do Direito das famílias e possui papel fundamental no ordenamento jurídico brasileiro. Até chegar ao objetivo do presente trabalho, foi necessário discorrer sobre as transformações das entidades familiares, que deixou de ser patrimonial formada apenas através do instituto do casamento, transformando-se em famílias extensas pautadas no afeto, como elemento estrutural da família contemporânea, para tanto, foi realizada uma abordagem baseada nas mudanças envolvendo a Constituição federal de 1988 e o Código Civil.

Ao longo da pesquisa, foi necessário conceituar o instituto da guarda e a influência no direito de família, e como seus reflexos no seio familiar atingem

⁵⁷ BRASIL. **Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009**. Disponível em:
><http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/21902/adocao-o-que-mudou-com-a-lei-12-010-09>> Acessado em: 03 de junho de 2020.

diretamente a tutela dos interesses da criança e adolescente, visto que o que se busca é, justamente, a continuação da família, célula-mater da sociedade, sua importância no ordenamento jurídico e diferença entre guarda de fato e de direito, pois observa-se que algumas estruturas familiares não são constituídas apenas pelo genitor ou genitora, há a participação de outros parentes no ambiente familiar, logo, criou-se novas estruturas familiares e com isso novas leis e regras com foco também na afetividade, como por exemplo a Lei de Adoção nº12.010/2009 que passou a elencar a afetividade como critério a ser analisado em casos de guarda.

Ademais, em relação aos alimentos, de uma forma objetiva, tentou-se elencar seu conceito, que significa como tudo o que se afigurar necessário para a manutenção de uma pessoa humana, compreendidos os mais diferentes valores necessários para uma vida digna, vai além da alimentação e lazer, se estendendo a alguns princípios constitucionais que tutelam e norteiam a obrigação alimentar.

Considerando que a obrigação alimentar não é somente dos pais, caracteriza-se como um direito fundamental, nota-se que o direito aos alimentos é analisado como princípio da preservação da dignidade humana, esta obrigação está atrelada a relação de parentesco, á priori surge em razão do dever de sustento que existe entre pais e filhos, tendo em vista que parentes, cônjuges e companheiros assumem por força de lei, a obrigação de prover ajuda para quem necessita de alimentos, contudo apesar do rol do código civil ser taxativo, em caso da impossibilidade de um ou ambos os genitores de executar esta obrigação, os avós são chamados a atender a obrigação própria decorrente do vínculo de parentesco, tendo como fundamento o princípio da solidariedade familiar. Para alguns doutrinadores trata-se de obrigação sucessiva, subsidiária e complementar,

Ocorre que em algumas famílias brasileiras, os avós prestam total assistência aos netos, mesmo não sendo chamados a prestar a obrigação através de uma ação judicial, algumas crianças são educadas, criadas, recebem total auxílio, sustento, afeto por seus avós, crescem tendo a figura dos avós como se fossem seus verdadeiros pais, porém para que tal situação seja regularizada é necessário que fixe a guarda de direito para os avós em relação aos netos, já que eles possuem a guarda de fato, prestam total assistência, possuem o elo através do parentesco e afinidade, logo evidencia-se a importância do princípio da afetividade dentro de cada

caso concreto, tal fato não afasta a obrigação alimentar dos avós, mesmo que as providências judiciais não sejam tomadas, nota-se uma mera formalidade. Como foi mencionado nesta pesquisa, as famílias passam por várias mudanças ao longo do tempo, estão em constante movimento, cabe ao Direito e aos juristas desempenharem papel com uma atuação efetiva e atualizada acompanhando as novas entidades familiares que tem o afeto como conteúdo e elemento estrutural, para que os ambientes familiares se regularizem de maneira menos burocrática e mais humana, sem colocar em risco a efetividade e celeridade do processo.

Diante do problema que foi exposto inicialmente em analisar a complexidade dos alimentos avoengos diante da guarda de fato, baseando-se no princípio da solidariedade e afetividade, se conclui ao final deste trabalho que o legislador deve possuir cautela ao julgar a lide, visto que poderá acarretar um dano irreparável aos avós e as crianças, e este último pode assumir um lugar de maior vulnerabilidade, o que fere o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Portanto, haveria a possibilidade da fixação da guarda de direito para os avós diante dos princípios constitucionais com a defesa do princípio da afetividade, em razão dos longos anos de solidariedade familiar e convívio direto com a criança e o adolescente.

REFERÊNCIAS

ASSEMBLÉIA GERAL DA ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris, 1948 Disponível em: <<https://brasa.org.br/declaracao-universaldosdireitoshumanos/>> Acessado em 29 de Abril de 2020

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil: direito de família**, – 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 411.

BILAC, Elisabete Dória. **Família: algumas inquietações**. São Paulo: Cortez, 2000. p:37.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm> Acessado em: 9 de maio de 2020.

BRASIL. **Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L4121.htm> Acessado em: 9 de maio de 2020

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> Acessado em: 9 de maio de 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acessado em: 9 de maio de 2020.

BRASIL. **Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009.** Disponível em:
><http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/21902/adocao-o-que-mudou-com-a-lei-12-010-09>> Acessado em: 03 de junho de 2020

BRASIL. **Lei nº12.398, de 28 de março de 2011.** Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12398.htm> Acessado em: 9 de maio de 2020

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acessado em:9 de maio de 2020.

BRASIL.**IV Jornada de Direito Civil, de 27 de outubro de 2006.** Disponível em:
<<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/387>> Acessado em: 27 de maio de 2020;

CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos.** 3. ed. São Paulo: RT, 1998.p.94.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 11 ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 33.

DIAS, Maria Berenice. **Dois pesos e duas medidas para preservar a ética: irrepetibilidade e retroatividade do encargo alimentar.** Disponível em:<<
<http://professorflaviotartuce.blogspot.com/2007/04/novo-artigo-de-maria-berenice-dias.html>>>. Acesso em: 08 mai. 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Princípio da proporcionalidade para além da coisa julgada.** Disponível em:<<https://www.migalhas.com.br/depeso/33147/principio-da-proporcionalidade-para-alem-da-coisa-julgada>> Acesso em: 08 maio 2020.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos de Direito de Família.** Rio de Janeiro: Renovar,1999. p.11.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de direito civil: famílias.** 9.ed.rev.e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.p. 37.

FIGUEIREDO Luciano L. e FIGUEIREDO, Roberto L. **Coleção sinopses para concursos, Direito civil Família e Sucessões**, 2ª edição- revista, ampliada e atualizada, 2015, Editora Juspodivm, p.483

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil, volume 6: direito de família**. 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p.650

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família**. 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.p.139.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito Civil: estudos**. Del Rey, 2020.p.17.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 48.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: volume 5: famílias**, – 8. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 269. p. 72.

MADALENO, Rolf. **Manual de Direito de Família**. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 20.

MONTEIRO, Washington de Barros; TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz, **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 40 Ed. São Paulo: Saraiva 2010. p.29.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil, v. 5: direito de família**. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 432.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, **Instituições de direito civil: direito de família** – 26. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 69.

PERROT, Michelle. **O nó e o ninho**. Veja 25: reflexões para o futuro. São Paulo: abril, 1993.p.75

Calderón, Ricardo. **Princípio da afetividade no direito de família** / Ricardo Calderón. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. p.54

RIZZARDO, Arnaldo. **Direitos de Família**– 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019. p.1123

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único** – 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020. p. 2075.

