

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Maria Aracy Menezes da Costa

**A OBRIGAÇÃO ALIMENTAR DOS AVÓS: LEITURA DOS LIMITES
CONSTITUCIONAIS - DA LIBERALIDADE AFETIVA À OBRIGAÇÃO LEGAL**

Trabalho de conclusão de doutorado na área de concentração Fundamentos da Experiência Jurídica, linha de pesquisa Fundamentos Dogmáticos da Experiência Jurídica, sob a orientação da Dra. Véra Maria Jacob de Fradera.

Porto Alegre
2009

AGRADECIMENTOS

A todos os meus amores, que tornaram este trabalho possível, seja com sua compreensão, seja com sua amizade, seja com seu consolo, seja com sua parceria, seja com sua participação direta ou indireta, o meu reconhecimento e meu carinho.

Aos que me cercam, aos que me sorriem, aos que me amam, aos que crêm em mim, aos que me apóiam, aos que me criticam, Muito Obrigada!

À minha orientadora, Dra. Véra Maria Jacob de Fradera, por sua disponibilidade e sinceridade, o meu Muito Obrigada!

Ao meu bom Deus, e a todos os anjos e santos protetores, o meu agradecimento por ter tido a oportunidade de, nessa etapa de minha vida, já na maturidade, receber a bênção da lucidez e da capacidade intelectual de produção jurídico-científica.

RESUMO

O presente estudo visa a demonstrar os limites da responsabilidade alimentar dos avós, pois o ônus que lhes é imposto no ordenamento jurídico brasileiro os obriga além dos limites constitucionais. O sistema judiciário brasileiro atribui aos avós sacrifícios e privações indevidos, a que não estão obrigados, principalmente quando, do lado oposto, se encontra uma criança ou adolescente, cujos pais é que detêm o dever de os alimentar. O melhor interesse da criança deve ser lido e interpretado com ponderação, notadamente quando colide com o melhor interesse dos avós.

É preciso estabelecer a distinção entre a obrigação parental e a obrigação avoenga: esta se situa no âmbito do parentesco, enquanto aquela diz com a responsabilidade decorrente do poder familiar. Aos pais cabe responsabilidade ilimitada, e não aos avós; os pais devem prover os alimentos naturais e civis de seus filhos, ao passo que aos avós somente pode ser atribuída a responsabilidade dos alimentos naturais, e ainda assim, em caráter subsidiário.

A obrigação alimentar entre pais e filhos não implica reciprocidade: trata-se de uma obrigação unilateral; entre avós e netos, ao contrário, existe a reciprocidade prevista em lei, e deverão os avós complementar as necessidades dos netos somente depois de supridas as suas próprias. Entre pais e filhos, em primeiro lugar, põem-se os interesses do filho; entre avós e netos, em primeiro lugar, estão as necessidades dos avós. Determinar de forma diversa desrespeita os preceitos constitucionais, atentando contra os mais elementares direitos dos progenitores, ferindo sua dignidade.

Demonstrar a distinção entre a obrigação legal e a liberalidade afetiva, à luz da constituição, e situar o papel dos avós nesse contexto é o que se propõe este estudo.

PALAVRAS-CHAVE: Avós. Idoso. Alimentos. Obrigação alimentar. Responsabilidade alimentar. Liberalidade afetiva. Melhor interesse da criança. Melhor interesse do idoso. Terceira idade. Multigeneracionismo.

RESUME

Cette étude vise à démontrer les limites de la responsabilité alimentaire des grands-parents, car la charge qui leur est imposée par l'ordonnancement juridique brésilien les oblige au-delà des limites constitutionnelles. Le système judiciaire brésilien impose aux grands-parents des sacrifices et des privations indus, auxquels ils ne sont pas tenus, surtout quand, de l'autre côté, il y a un enfant ou un adolescent dont ce sont les parents qui ont le devoir de les nourrir. Le meilleur intérêt de l'enfant doit être considéré et interprété avec pondération, notamment quand il se heurte à un meilleur intérêt des grands-parents.

Il faut établir une distinction entre l'obligation des parents et celle des ascendants ; la première concerne la responsabilité découlant du pouvoir familial tandis que la deuxième se situe dans le contexte de la parenté. Aux parents revient une responsabilité illimitée, et non aux grands-parents ; il revient aux parents d'assurer l'entretien de leurs enfants, alors qu'aux grands-parents ne peut être assignée que la responsabilité de nourriture, et encore, à titre subsidiaire.

L'obligation alimentaire entre parents et enfants n'implique pas la réciprocité: il s'agit d'une obligation unilatérale ; entre grands-parents et petits-enfants, au contraire, la réciprocité est prévue par la loi, les grands-parents devront subvenir aux besoins de leurs petits-enfants, une fois leurs propres besoins satisfaits. Entre parents et enfants, se posent d'abord les intérêts des enfants ; entre grands-parents et petits-enfants, d'abord les besoins des grands-parents. Une détermination différente n'est pas conforme aux préceptes constitutionnels, et porte atteinte aux droits les plus élémentaires des ascendants, en blessant leur dignité.

Etablir la distinction entre obligation légale et libéralité affective, à la lumière de la constitution, c'est le but de cette thèse.

MOTS-CLES: Grands-parents. Personnes âgées. Aliments. Obligation alimentaire. Responsabilité alimentaire. Libéralité affective. Meilleur intérêt de l'enfant. Meilleur intérêt de la personne âgée. Troisième âge. Pluri-génération.

RESUMEN

El presente estudio pretende demostrar los límites de la responsabilidad alimentaria de los abuelos y abuelas, pues el encargo que les da el ordenamiento brasileiro los obliga allá de los límites constitucionales. El sistema jurídico brasileño hace que los abuelos y abuelas tengan sacrificios y privaciones indebidas, a los cuales no están obligados, principalmente cuando en el otro lado se encuentra un niño, una niña o un adolescente cuyos padres y madres tienen el deber de los alimentar. El mejor interés del niño y de la niña, debe ser leído e interpretado con ponderación, principalmente cuando se encuentra con el mejor interés de los abuelos y abuelas.

Es necesario que se establezca la distinción entre la obligación de los padres y madres y la obligación de los abuelos y abuelas; esa está ubicada en el ámbito del parentesco, mientras la otra deviene del ejercicio de la responsabilidad parental. A los padres y madres les compete la responsabilidad sin límites, y no a los abuelos o abuelas; los primeros deben dar sustento a los hijos e hijas y darles los alimentos naturales y civiles, al paso que a los abuelos y abuelas solamente se les puede atribuir la responsabilidad de los alimentos naturales, en carácter subsidiario.

La obligación alimentar entre los padres y madres y los hijos e hijas no implica reciprocidad, pues es una obligación unilateral, al paso que entre abuelos y abuelas y nietos y nietas, al contrario, existe reciprocidad establecida en ley y los abuelos deben, sí, complementar las necesidades de sus nietos y nietas, pero solamente después que sus propias necesidades están ya satisfechas. Entre padres y madres e hijos e hijas, en primer lugar se ponen los intereses de éstos últimos, pero entre abuelos y abuelas y nietos y nietas, primeramente están ubicadas las necesidades de las personas adultas mayores. Hacerlo de forma diversa es irrespeto a los preceptos constitucionales, y atenta con los más elementares derechos de los progenitores, hiriendo de muerte su dignidad.

Demostrar la distinción entre la obligación legal y la liberalidad afectiva, bajo de la luz de la Constitución Política, y ubicar el rol de los abuelos y abuelas en ese contexto, es lo que se propone en este estudio.

PALABRAS-LLAVE: Abuelos, abuelas. Personas adultas mayores. Alimentos. Obligación de alimentar. Responsabilidad de alimentar. Liberalidad afectiva. Interés superior del niño y la niña. Interés superior de la persona adulta mayor. Tercera edad. Multigeneracionismo.

ABSTRACT

The present thesis aims at analyzing the limits of child support by grandparents as the Brazilian Judicial System imposes them an obligation beyond constitutional boundaries. Furthermore, the Brazilian Judiciary inflicts on them sacrifices, ordeals and privations which ought to be imputed to parents.

Moreover, it is necessary to distinguish between parenting and grandparenting obligation – the latter is related to family ties, and the first to family power; therefore, parents have an unlimited responsibility, contrary to grandparents, whose responsibility should be regarded as subsidiary. In view of that, the best interest of the child has to be interpreted with ponderation, mainly when it collides with the best interest of the grandparents; nonetheless, parental child support is a unilateral obligation which does not require reciprocity.

Regardless of the fact grandparent child support reciprocity is lawful, grandparents should ensure the needs of the child only after providing for their own. Notwithstanding, parents are the ones to secure for the best interest of their children; consequently, in a relationship involving grandparents and grandchildren, the best interest of the grandparents are to come first - the contrary would not only be unconstitutional, but would also hurt their dignity.

Finally, it is also the aim of this paper to establish the difference between legal obligation and liberality at the light of the Constitution.

KEYWORDS: grandparents, child support responsibility, parenting and grandparenting obligation, the best interest of the child, the best interest of grandparents, reciprocity, legal obligation, liberality.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

AC – APELAÇÃO CÍVEL
AP – APELAÇÃO
AG – AGRAVO
AI – AGRAVO DE INSTRUMENTO
AP – APELAÇÃO
ART. – ARTIGO
CC – CÓDIGO CIVIL
CCP – CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS
CCTJ – CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
CF – CONSTITUIÇÃO FEDERAL
CRFB – CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
DES – DESEMBARGADOR
DIEESE – DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS
ECA – ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – LEI Nº 8.069, DE 13/7/1990
EMB. DECL. – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO
ESTATUTO DO IDOSO – LEI Nº 10.741, DE 1º/10/2003
IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA
J – JULGAMENTO
LD – LEI DO DIVÓRCIO: LEI Nº 6.515, DE 26/12/1977.
PL – PROJETO DE LEI
PEC – PROJETO DE EMENDA CONSTITUCIONAL
REL – RELATOR
RESP – RECURSO ESPECIAL
STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
STJ – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
TJDF – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL
TJMG – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
TJRS – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
TJSC – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
TJSP – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
TJPR – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ
TJES – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESPÍRITO SANTO
TJAM – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO AMAZONAS

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 OS CONTORNOS JURÍDICOS DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR	41
1.1 Elementos tradicionais	41
1.1.1 <i>Fundamentos legais e natureza jurídica</i>	41
1.1.2 <i>Os sujeitos da prestação alimentar</i>	62
1.1.3 <i>O binômio necessidade-possibilidade – característica determinante da obrigação alimentar</i>	65
1.2 Dever de alimentos e dever de socorro	71
1.2.1 <i>O conceito de necessidade na sua dimensão contemporânea</i>	73
1.2.2 <i>As formas de obter alimentos e a transpessoalidade na pretensão alimentar – motivações afetivas e econômicas</i>	77
1.2.3 <i>Os elementos identificadores do dever de socorro; a obrigação alimentar extracontratual sob a ótica constitucional</i>	91
2 A OBRIGAÇÃO ALIMENTAR DOS AVÓS E O (APARENTE) CONFLITO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTÁGIO ATUAL DO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO	101
2.1 O papel dos avós na dinâmica familiar	101
2.1.1 <i>A participação dos avós na família e as repercussões da ruptura da sociedade conjugal dos filhos na esfera econômico-afetiva dos avós</i>	101
2.1.2 <i>Da reciprocidade da obrigação alimentar entre avós e netos e as peculiaridades da obrigação avoenga</i>	113
2.1.3 <i>O poder familiar e a complementaridade da pensão pelos avós</i>	118
2.2 A busca de um critério de equilíbrio entre o princípio fundamental da dignidade do idoso e o princípio fundamental da dignidade da criança e adolescente para delimitação da obrigação avoenga	144
2.2.1 <i>A dignidade como direito fundamental da criança e do idoso</i>	154
2.2.2 <i>A positivação do princípio da dignidade no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Estatuto do Idoso</i>	163
2.2.3 <i>A viável flexibilização do binômio necessidade-possibilidade como critério de equilíbrio na obrigação alimentar dos avós</i>	174
CONCLUSÃO	180
BIBLIOGRAFIA REFERIDA	188
BIBLIOGRAFIA CONSULTADA	195
LEGISLAÇÃO CONSULTADA	202

INTRODUÇÃO

O sistema jurídico brasileiro não concede aos avós o direito que lhes compete, nem a consideração de que são merecedores.

Não raro, nos fóruns e tribunais, conforme se vê na jurisprudência, nas publicações, nos *sites* jurídicos e nas notícias de jornais, os avós, em regra velhos, pobres, aposentados, pensionistas, são obrigados, de forma imposta pela Justiça, a pagar pensão alimentícia aos seus netos de forma a que somente lhes reste o indispensável para comer – e sequer para os seus remédios lhes sobra. Para os netos, o lazer; para os avós, o sacrifício. A responsabilidade parental é simplesmente transferida para os avós, ante a omissão, ou a impossibilidade, ou a ausência dos pais.

O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, é utilizado ao mesmo tempo como uma Bíblia e como uma arma contra os avós, quando tudo pode ser concedido a favor da criança, e nada é considerado a favor dos avós. O “melhor interesse da criança” é lido de forma absoluta, e, em nome dele, sacrificam-se os avós, os idosos. Não se pensa e não se pratica “o melhor interesse do idoso”

Esse equívoco deve ser esclarecido, e o presente estudo se propõe a examinar a matéria, demonstrando que a obrigação avoenga não é a mesma obrigação dos pais, e mesmo que a lei assim o determine – embora de forma não tão explícita –, as decisões e os entendimentos majoritários são em sentido contrário, igualando as responsabilidades alimentares dos pais e dos avós.

Para melhor se poder abordar o tema, é necessário que se dê uma “mirada para trás”, num enfoque de multidisciplinariedade, de forma a unir o sociológico, o histórico e o jurídico. Afinal, “toda re-produção já é interpretação desde o início e quer ser correta como tal. Nesse sentido, também ela é compreensão”.¹ Não se pode subtrair a historiografia e a investigação histórica da competência da reflexão

¹ GADAMER, Hans-George. **Verdade e método**. 6.ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p.18.

histórico-efeitual, sob pena de reduzi-la à indiferença extrema. É preciso somar as atividades do historiador jurídico com sua tarefa contemplativa avaliando a significação histórica da lei às do jurista prático, para que a compreensão faça uma mediação entre a história e a atualidade.²

Pontes de Miranda ensinava que a adaptação é a grande lei da vida, e tudo que existe deve se harmonizar, adaptar-se; para que “o ato de hoje continue o esforço do ato de ontem e ponha o indivíduo em condição de resistir, de perseverar”³, é preciso coerência.

“Para medir, é preciso o estalão, o processo comparativo e o assinalar de marcos, de graus, de estágios”⁴, e assim o grande jurista entendeu necessário situar no tempo e no espaço o Código Civil de 1916. Da mesma forma, para o desenvolvimento do estudo a que ora se propõe, é necessário situar no tempo e no espaço o papel dos avós, seu desempenho, a obrigação que lhe é atribuída com relação aos netos, e o desenvolver do ordenamento jurídico brasileiro.

Existe, no Brasil, disposição de lei a determinar obrigação alimentar dos avós com relação aos netos. Em que se constitui essa obrigação? Até que ponto vai tal obrigação? Como se situa essa obrigação perante o preceito constitucional? O que dizem, exatamente, nossas leis? Como essa obrigação está sendo vista pelos doutrinadores e pelos juízes? Quais as origens dessa obrigação? Como foi o seu desenvolvimento, e que influências contribuíram para o atual entendimento? No desenvolvimento do presente estudo, procura-se responder a essas indagações.

O povo brasileiro tem a fama de ser um povo afetivo, caloroso, hospitaleiro. Esse afeto se destaca no comportamento das pessoas e, em especial, nas relações familiares. Há uma grande diferença entre o comportamento dos personagens de um seriado americano e dos de uma minissérie brasileira. Enquanto aqueles se contêm ante a emoção e sequer se adiantam para um toque físico, mesmo de mão, o brasileiro já está “tocando”, abraçando, sentindo o outro, demonstrando o seu afeto

² GADAMER, Hans-George. **Verdade...**, p. 18-19.

³ MIRANDA, Pontes de. **Fontes e evolução do Direito Civil brasileiro**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 05.

⁴ MIRANDA, Pontes de. **Fontes e evolução...**, p. 1.

em atitudes físicas. A frieza que se evidencia nos americanos – sem deméritos por isso, apenas constatação – está longe do comportamento do brasileiro. E isso, por certo, tem uma origem, uma história.

Somente a “mirada a nosso passado” pode nos dar respostas, auxiliando na busca da origem de nosso comportamento, e da formação das leis que o foram disciplinando.

Nessa mirada, analisando os sistemas sociais, constata-se que onde predomina a religião existe mais estabilidade, ao passo que onde prepondera a moral, diminui a estabilidade. Pontes de Miranda enumera sete processos adaptativos da sociedade: religião, moral, arte, ciência, direito, política e economia – este o mais instável, seguido pela política e pelo Direito. No sistema do direito, o catolicismo e o positivismo comtiano⁵ opuseram resistência às idéias inovadoras; foi o caso do divórcio no Brasil, que levou mais de meio século para se firmar, e, depois de aprovado, necessitou alterações em seu texto original para que alcançasse sua efetividade: de início, somente era permitido divorciar uma vez. Com a modificação da lei, possibilitou-se ao cidadão divorciar tantas vezes quantas quisesse.⁶

Ainda na “mirada para trás”, observamos que antigamente, entre os gregos e os romanos, toda casa tinha um altar, onde devia haver, sempre, restos de cinza e brasas. O fogo devia ser conservado dia e noite, o que se constituía em obrigação sagrada do dono de cada casa, e só deixava de brilhar sobre o altar quando toda a família havia morrido. Os antigos costumavam dizer que “lar extinto, família extinta”, pois, extinguindo-se o fogo – “o lar” –, deixava de existir um deus. Não era qualquer lenha que poderia alimentá-lo: somente as árvores indicadas pela religião poderiam alimentar o fogo; e nada de impuro poderia ser nele colocado, o que levava à

⁵ “Como orientação metodológica geral, o positivismo parte de uma premissa que em si é de natureza metafísica – a condenação ou o repúdio de toda a metafísica. Esta escola repercutiu-se na Ciência do Direito com o chamado “positivismo jurídico”. Como facilmente se adivinha, o tema do Direito Natural foi dos mais atingidos. Este foi enfaticamente repudiado. Do dualismo que caracteriza outras épocas históricas: Direito positivo, como o direito que efetivamente vigora, e Direito natural, como um direito com um fundamento ideal de validade – só restará o primeiro termo. Só esse é positivo, e nada mais interessa ao positivismo jurídico.” ASCENSAO, José de Oliveira. **O direito: Introdução e teoria geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2001, p. 171.

⁶ A Lei 7.841/1989 revogou o art. 38 da Lei 6.515/1977, que só admitia que as pessoas divorciassem uma única vez.

conclusão de que nenhuma ação culposa poderia ser praticada na presença do “lar”, do fogo sagrado. Ervas secas, lenhas e sacrifícios eram oferecidos ao “lar”. O fogo sagrado tinha sido “deus antes dos outros deuses”.⁷

A religião não se manifestava nos templos, mas nas casas. Cada casa tinha seus deuses, e cada deus não protegia mais de uma família, e não era deus em mais de uma casa. Essa religião nasceu espontaneamente no seio da família, cada uma criando seus próprios deuses; somente poderia se propagar pela geração. O pai transmitia ao filho não só a vida, mas a crença, o culto, o direito de manter o “lar”. A geração estabelecia o vínculo misterioso entre o filho que nascia para a vida e todos os deuses da família, que constituíam a própria família. No entanto a religião doméstica somente se transmitia de varão para varão, com a crença de que o poder reprodutor se concentrava somente no pai. A mulher só participava no culto por intervenção de seu pai, ou de seu marido. Quando morria uma mulher, ela não tinha a mesma manifestação no culto e cerimônias fúnebres.⁸

A origem da família antiga não está somente na descendência, mas na varonilidade, pois irmã na família não se iguala ao irmão, e filho emancipado e filha casada deixam de fazer parte da família.

A base da família antiga não é o afeto natural, mas a religião do lar e dos antepassados. A família antiga é mais associação religiosa do que associação da natureza. A mulher somente passa a ter visibilidade, a ser considerada, com a cerimônia sagrada do casamento; o filho não conta mais para a família depois de ser emancipado ou após renunciar ao culto, ao passo que o adotado, ao contrário, se tornará um verdadeiro filho para a família, apesar de não haver laços de sangue, porque a comunhão do culto é maior e melhor do que o sangue. O parentesco e a herança são regulados pela harmonia com os direitos de participação no culto, conforme estabelecido pela religião.

⁷ COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e Roma. 12. ed. São Paulo: Hemus, 1975, p. 11-51.

⁸ COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga...**, *passim*.

Vê-se, já na família antiga, a manifestação da afetividade, preponderando sobre a consanguinidade.

Mesmo não tendo sido a religião que criou a família, foi ela que ditou as regras. Em grego, a família era definida como “aquilo que está dentro de um lar”. “Uma família era um grupo de pessoas a quem a religião permitia invocar o mesmo lar e oferecer o repasto fúnebre aos mesmos antepassados.”⁹

Era a religião que levava a família a não se extinguir, pois cada família possuía uma religião e seus deuses. A maior desgraça consistia na interrupção da linhagem, pois então a religião da família desapareceria da terra, o seu lar se extinguiria, os mortos não poderiam ser lembrados, caindo no esquecimento e na miséria. A descendência visava à continuação do culto, mas o filho deveria ser fruto de casamento religioso, não bastando sua simples geração. Filho nascido de mulher que não tinha se associado ao culto do esposo pelo casamento, não poderia tomar ele próprio parte no culto, não tinha direito de oferecer repasto fúnebre, e a família não se perpetuaria por meio dele.

A finalidade do casamento era a união de duas pessoas no mesmo culto doméstico, para delas nascer uma terceira pessoa em condições de continuar com o culto. O objetivo do casamento era a continuidade da família. A filha mulher não satisfazia os objetivos do casamento, não podia continuar com o culto, pois no dia em que se casava renunciava à sua família e ao culto de seu pai, para pertencer à família e ao culto do marido.

Os direitos das pessoas ganharam publicidade, conhecidos de todos, deixando de ser o canto sagrado e misterioso, respeitosamente repetido de geração em geração, e escrito somente pelos sacerdotes. Tornaram-se propriedade comum de todos os cidadãos, mudando de natureza. Surgiram as Doze Tábuas¹⁰, em meio

⁹ COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga...**, p. 55-56.

¹⁰ A esse respeito, ver: PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. **Propriedade privada no Direito Romano**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 65, que em nota de rodapé comenta que há críticas à origem das XII Tábuas, inclusive que Lambert põe em dúvida a existência das XII Tábuas, que seria, conforme a lenda, uma obra profana elaborada por magistrados. Autores críticos concluem que a elaboração das XII Tábuas expressava síntese dos costumes, e não elaboração jurídica feita por magistrados. De qualquer forma, a existência da Lei das XII Tábuas, conforme a obra citada, é incontestável.

a essa transformação social, escritas pelos patrícios, a pedido da plebe, para seu uso. Pela nova lei, o pai ainda conservava o poder, julgava o filho, condenava-o à morte, o vendia, e, enquanto o pai fosse vivo, o filho não era considerado maior.¹¹ Nessa época, o patrimônio podia ser dividido entre os irmãos, e o homem tinha o poder de testar. A mulher era comprada pelo marido (*coemptio*), e era parte de sua propriedade, inclusive podia ser usucapida. O direito dele ia até poder vendê-la ou aliená-la. A Lei das Doze Tábuas determinava que a coabitação de um ano colocava a mulher sob o poder do marido. Mas, se ela interrompesse a coabitação todos os anos e se ausentasse por três noites, não se restabelecia o poder marital, podendo então a mulher conservar os laços de direito com a própria família, inclusive podendo dela herdar.

Em Roma, não se pode determinar a época exata do desaparecimento do direito da primogenitura¹², quando as *gens* italiana e o *ghénos* helênico perderam sua unidade primitiva. Cada um passou a receber a sua parte na propriedade.

O passado tem fundamental importância para Clovis Beviláqua¹³:

[...] o passado nunca morre totalmente para o homem. O homem pode esquecê-lo, mas continua sempre a guardá-lo em seu interior, pois o seu estado, tal como se apresenta em cada época, é o produto e o resumo de todas as épocas anteriores. E se cada homem auscultar a sua própria alma, nela poderá encontrar e distinguir as diferentes épocas e o que cada uma dessas épocas lhe legou.¹⁴

E é olhando para esse passado mais remoto, a Roma antiga, que vamos verificar sua influência na América.

¹¹ COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga...**, p. 102.

¹² COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga...**, p. 41.

¹³ MIRANDA, Pontes de. **Fontes e evolução...**, p. 1.

¹⁴ COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga...**, p. 9.

A América foi colonizada pelos europeus. Embora as classes sociais estivessem nitidamente separadas, as mesmas condições sociais atuavam sobre elas. A família passou por um primitivismo patriarcal, que, nos dizeres de Pontes de Miranda.¹⁵, foi “muito claro e lamentável” no Brasil.

Poucas mulheres européias podiam vir à América, pois as “Leys de Índia” restringiam sua saída para as colônias espanholas. Dessa forma, os espanhóis conquistadores necessitaram viver com as nativas, em concubinato ou então se casando com elas, numa situação radicalmente diversa das tradicionais famílias européias. Muitos dos que vieram aportar no Brasil, sem família, sozinhos, logo se amancebaram com as nativas. Constituída dessa forma, a união não era sólida, porque os homens mantinham seus vínculos de origem, e, por conseqüência, raramente havia o “afeto” conjugal que deveria ser o esteio da união. Tal comportamento originou outro tipo de família, com características próprias na América, notadamente no Brasil, na Argentina e no Chile.

Apesar do evidente patriarcado, as novas situações nos novos países levaram fatalmente à existência de regras próprias. Foi o que ocorreu com o direito sucessório do cônjuge, implantado primeiro no Uruguai por lei, em 1837, refletindo-se na Argentina em 1843, lá se tornando lei em 1857, e chegando ao Brasil em 1907 pela Lei nº 1839¹⁶ – fundada na presunção do “maior afeto”.¹⁷

¹⁵ MIRANDA, Pontes de. **Fontes e evolução...**, p. 457.

¹⁶ *Regula o deferimento da herança no caso da successão ab intestato.* O Presidente da Republica dos Estados Unidos do Brazil: Faço saber que o Congresso Nacional decretou e eu sanciono a resolução seguinte: Art. 1º Na falta de descendentes e ascendentes, defere-se a successão ab intestato ao conjuge sobrevivente, si ao tempo da morte do outro não estavam desquitados; na falta deste, aos collateraes até ao sexto grão por direito civil; na falta destes, aos Estados, ao Districto Federal, si o de cujus for domiciliado nas respectivas circumscripções, ou à União, si tiver o domicilio em territorio não incorporado a qualquer dellas. Art. 2º O testador que tiver descendente ou ascendente succesivel só poderá dispor de metade do seus bens, constituindo a outra metade a legitima daquelles, observada a ordem legal. Art. 3º O direito dos herdeiros, mencionados no artigo precedente, não impede que o testador determine que sejam convertidos em outras especies os bens que constituirem a legitima, prescreva-lhes a incommunicabilidade, attribua á mulher herdeira a livre administração, estabeleça as condições de inalienabilidade temporaria ou vitalicia, a qual não prejudicará a livre disposição testamentaria e, na falta desta, a transferencia dos bens aos herdeiros legitimos, desembaraçados de qualquer onus. Art. 4º Esta lei obrigará desde sua data. Art. 5º Ficam revogadas as disposições em contrario. .

¹⁷ MIRANDA, Pontes de. **Fontes e evolução...**, p. 457/458.

O sociólogo Fernando Henrique Cardoso afirma que atualmente ninguém mais se espanta com a sociologia da vida privada. “Há até histórias famosas sobre a vida cotidiana. Mas nos anos 30, descrever a cozinha, os gostos alimentares, mesmo a arquitetura e, sobretudo a vida sexual, era inusitado”¹⁸ O público e o privado, antes eram totalmente distintos. Dos muros da casa para dentro, não se permitiam invasões de olhos curiosos.

O Brasil foi construindo socialmente a família, com improvisações mescladas com bigamia e concubinato, sendo importante identificar a origem do sentimento de “família”.

Após análise iconográfica, Philippe Ariès concluiu que o sentimento de família era desconhecido da Idade Média e nasceu nos séculos XV – XVI, alcançando seu vigor no século XVII. Os historiadores da sociedade medieval relatam que os laços de sangue não se constituíam em um único grupo, mas dois, e distintos: a *família* e a *linhagem*. Ariès considera a história das relações entre família e linhagem muito “complicada” A família poderia ser constituída por membros que residiam juntos, mais de um casal, *mesnie*, que viviam em uma propriedade que tinham se recusado a dividir, em um tipo de posse denominado *frereche* ou *fraternitas*. Agrupavam em torno dos pais os filhos que não tinham bens próprios, sobrinhos, primos solteiros. Foi essa tendência que deu origem à “família patriarcal”. A linhagem estendia sua solidariedade a todos os descendentes de um mesmo ancestral.¹⁹

A família medieval da Inglaterra não desenvolvia qualquer afeição com relação às crianças, que eram enviadas para casas de outras pessoas após os sete ou nove anos, enquanto eles recebiam crianças de outras famílias em suas casas para desempenharem os serviços domésticos e pesados- meninos ou meninas – ali permanecendo até os 14 ou 18 anos, na condição de “aprendizes”. Os italianos censuravam esse costume inglês, ao que argumentavam os ingleses que suas crianças deveriam aprender “boas maneiras”²⁰. O serviço doméstico se confundia

¹⁸ FREYRE, Gilberto. **Casa grande e senzala**: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. 50. ed. São Paulo: Global, 2005, p.21.

¹⁹ ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1981, p. 210-211.

²⁰ FURNIVAL, F.J, *apud* ARIÈS, Philippe. **História Social...**, p. 225/226.

com a aprendizagem como forma comum de educação, pois as crianças de todas as camadas sociais tinham o mesmo tratamento. A educação vinha da aprendizagem prática. Na França dos séculos XVI e XVII, *valet* significava “menino pequeno”, e *garçon* rapazinho novo e servidor doméstico. Não havia lugar para a escola, que era exceção destinada aos clérigos. Mesmo os clérigos eram por vezes destinados a um padre a quem passavam a servir.

Mais tarde é que a educação passou a ser fornecida pela escola. Procurava-se isolar a juventude do mundo “sujo” dos adultos, mantendo sua inocência e procurando que resistisse às tentações, o que aproximou a família das crianças. Mesmo as crianças enviadas para colégios distantes lá não permaneciam tanto tempo quanto durava seu período de aprendiz. Por vezes, existia o “preceptor” que a atendia na casa dos pais. Estreitava-se o laço entre a criança e a família. Mesmo assim, as meninas somente foram enviadas para colégios após o século XVIII, início do XIX.

Pondera Ariés que, quanto mais o homem vive na rua ou no meio de comunidades de trabalho, de festas, de orações, mais essas comunidades monopolizam seu tempo e seu espírito, sendo menor o lugar da família em sua sensibilidade. Por outro lado, sendo menores as relações de trabalho, vizinhança e parentesco, a família prepondera, e o sentimento familiar pode se tornar exclusivo²¹.

Até o fim do século XVII, ninguém ficava sozinho, mesmo dentro de sua própria casa, nem o rei, nem os súditos. Não havia intimidade, e a própria arquitetura da casa a isso levava, pois não havia a distinção entre área privada e área social. A casa era centro de vida social, frequentada por numeroso mundo. A partir do século XVIII, a família começou a manter a sociedade a distância, limitando o seu espaço, e aumentando o espaço privado. Se antes era necessário atravessar um cômodo para passar para o outro, isso já não mais acontecia. Os cômodos passaram a ser independentes, e, mesmo mantendo comunicação entre si, não havia mais camas por toda a parte, pois então já eram reservadas somente ao quarto de dormir. Na França e na Itália, as denominações *chambre* e *salle*, antes

²¹ ARIÈS, Philippe. **História social...**,p. 237/238.

praticamente sinônimas, passaram a significar “cômodo de dormir” e “sala onde se recebe ou come”. Os criados passaram a ser mantidos a distância e eram chamados pelo som da campainha.²²

Esse sentimento estava situado apenas sob o antigo regime, pois profundas modificações foram se operando no seio da família.

No Brasil, como afirma Pontes de Miranda, o direito se caracteriza pela tolerância, pela afetividade e pelo conteúdo ético, cercado por sugestões patriarcais e capitalistas. Censura o jurista o conteúdo tolerante do Código Civil de 1916, imposto por Clóvis Beviláqua, sustentando que não é um benefício o direito brasileiro ser “afetivo”, pois “ao tempo em que facilita a obra de liberdade aos que dela necessitam, afrouxa a função de defesa social que há nos sistemas jurídicos”²³ A afetividade dos brasileiros é conhecida e decantada pelo mundo inteiro, e como não poderia deixar de ser, tem suas conseqüências no mundo jurídico. Beviláqua afirma que os elementos que constituem a família são, primeiramente, o amor que faz aproximar os dois sexos, e em um segundo momento, o amor filial e os cuidados para a conservação da prole, que trazem mais emoção à vida em comum do homem e da mulher, e fazem com que sua relação se torne mais duradoura. Estes elementos são a pura manifestação do instinto de conservação da espécie e se encontram em qualquer família, seja racional-humana – ou irracional-animal.²⁴

O Brasil, até o fim do século XV, apresenta uma história pré-colombiana, pois foi descoberto no ano de 1500, por Pedro Álvares Cabral, tendo os descobridores trazido consigo sua bagagem jurídica.

A família brasileira, assim como o próprio Brasil, apresenta fases distintas. O Brasil tem sua história dividida em quatro períodos gerais: pré-descobrimento – até 1500; Brasil colônia -1500 a 1822; Brasil monárquico ou império – da independência em 1822 até a proclamação da república em 1889; e Brasil República – de 1889 aos

²² ARIÈS, Philippe. **História social...**, p. 265/266.

²³ MIRANDA, Pontes de. **Fontes e evolução...**, p.441/442.

²⁴ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1976, p. 16.

dias atuais, este com marcante distinção dos períodos anterior e posterior ao Código Civil de 1916.

Antes do descobrimento, os índios eram os habitantes das terras brasileiras. O período entre a chegada dos primeiros portugueses no Brasil, em 1500, e sua independência, em 1822, é denominado de *Brasil Colônia*. Nesses séculos o Brasil estava sob o domínio socioeconômico e político de Portugal. Apesar de a França também ter conquistado o domínio de regiões estratégicas como a ilha de São Luís do Maranhão e a cidade de São Sebastião do Rio de Janeiro, e a Holanda ocupado a cidade de Recife e parte dos atuais estados de Pernambuco, Paraíba e Alagoas, mesmo assim foi mantida, no período colonial, a unidade linguística e cultural do Brasil.

O período colonial abrange o pré-povoamento, o ciclo da cana de açúcar e o ciclo do ouro.

Os portugueses, descobridores do Brasil, trouxeram o seu Direito para a terra conquistada. Assim, o direito romano, o germânico e o canônico, nos quais a sistemática portuguesa teve suas raízes, foram refletidos com os colonizadores no direito brasileiro, somados às características próprias e assimilações naturais dos costumes e modo de vida lusitano. “O nosso direito não vem da semente, mas de um galho, que se plantou.”²⁵ Esse *galho* vindo do direito português trouxe em suas raízes características próprias de cada uma de suas origens, como o *direito romano*, mais político do que moral e religioso; o *direito germânico*, mais moral do que político ou religioso; e o *direito canônico*, mais religioso do que político ou moral.

Roma exercera por seis séculos o domínio da Península Ibérica. No século V, os suevos, alanos e vândalos invadiram a península, mas pouco depois, no século VI, os visigodos os subjugaram²⁶, expulsando do norte da península os suevos e as tropas romanas, e ficando os únicos senhores dos territórios da atual Espanha e

²⁵ MIRANDA, Pontes de. **Fontes e evolução...**, p. 28.

²⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v.1, p. 49.

Portugal.²⁷ No ano de 693 elaboraram o Código Visigótico, com fundamento no direito romano²⁸.

Conforme Pontes de Miranda, “o direito de feição econômica, ou veio das nações modernas, ou nasceu do próprio solo, como fecunda emanção da vida.”²⁹

A influência européia somou-se à cultura indígena existente no Brasil, resultando em um antagonismo de cultura e economia: cultura européia e indígena, européia e africana, africana e indígena; e economia agrária e pastoril, agrária e mineira. Paradoxos se formaram também entre o católico e o herege, o jesuíta e o fazendeiro, o bandeirante e o senhor de engenho, o paulista e o emboaba, o pernambucano e o mascate, o grande proprietário e o pária, o bacharel e o analfabeto – e, acima de tudo, e de forma marcante, entre o senhor e o escravo.³⁰

Sob o ponto de vista sociológico, não se podem negar as formações de famílias com caráter extrapatriarcal, extracatólicas, de influência africana e de sistemas morais e religiosos diferentes dos trazidos pelos portugueses católicos, mas nem por isso podendo ser considerados imorais.³¹

Já com a descoberta da América, a vida dos indígenas foi extremamente afetada, e seus hábitos e costumes modificados pelos colonizadores. O equilíbrio até então existente entre o homem e seu meio físico foi desfeito.³² O colonizador português foi o que melhor se relacionou com as raças então consideradas “inferiores”, pois apesar de escravocrata ferrenho foi menos cruel na relação com os escravos que o inglês e o espanhol.

²⁷ BRAGA, Theophilo. **Historia do direito português**. Coimbra: Impressora da Universidade, 1868, p.XIII-XIV.

²⁸ *Forum Judicium* ou *Fuero Juzgo*. VISIGODOS. In: Wikipédia: a enciclopédia livre. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/visigodos>>. Acesso em: 11 out. 2009.

²⁹ MIRANDA, Pontes de. **Fontes e evolução...**, p. 28.

³⁰ FREYRE, Gilberto. **Casa grande...**, p.117.

³¹ FREYRE, Gilberto. **Casa grande...**, p. 130.

³² FREYRE, Gilberto. **Casa grande...**, 157.

O português manifestava tendência a contatos voluptuosos com mulheres exóticas, mesmo sem considerar a falta de mulher branca. Gilberto Freyre não poupa críticas aos lusitanos ao afirmar, sem hesitar, que

[...] não é pelo estudo do português moderno, já tão manchado de podre, que se consegue uma idéia equilibrada e exata do colonizador do Brasil – o português de Quinhentos e Seiscentos, ainda verde de energia, o caráter amolengado por um século, apenas, de corrupção e decadência.³³

Destaca que foi no norte do Brasil que o processo de colonização europeia se afirmou essencialmente aristocrático, patriarcal e escravocrata, e que “todo brasileiro, mesmo o alvo, de cabelo louro, traz na alma, quando não na alma e no corpo – há muita gente de jenipapo ou mancha mongólica pelo Brasil – a sombra, ou pelo menos a pinta do indígena ou do negro”³⁴, este preponderando no litoral, do Maranhão ao Rio Grande do Sul, e em Minas Gerais.

No Brasil dos primeiros séculos de colonização eram comuns os casamentos entre parentes – tio com sobrinha, primo com prima – tudo com o fim de não dispersar os bens, e conservar a “pureza do sangue” nobre ou ilustre. As mulheres casavam-se cedo, aos doze, treze ou quatorze anos. Mesmo assim, eram muitas as brigas por questões de terra e herança entre os parentes.

Em 1822 se deu a independência do Brasil com relação a Portugal. Em 20 de outubro de 1823 foi sancionada lei determinando que no novo país vigorassem as ordenações, as leis e os decretos que haviam sido promulgados pelos reis de Portugal até 25 de abril de 1821, enquanto não se organizasse novo código ou não fossem alteradas as leis. A Constituição do Império, de 25 de março de 1824, mandava organizar o quanto antes um Código Civil e um Criminal, baseados na

³³ FREYRE, Gilberto. **Casa grande...**, p. 265-267.

³⁴ FREYRE, Gilberto. **Casa grande...**, p. 367.

justiça e na equidade³⁵. No entanto a espera durou quase um século, mantendo-se a terra conquistada sob o regramento das “Ordenações do Reino”, mesmo que já revogadas em Portugal, e segundo Teixeira de Freitas, “pobríssimas”, tendo que buscar fontes no direito romano. Sentia-se a pressão de necessidades próprias de uma terra de miscigenação e de multiplicidade de raças e etnias,

Carvalho Moreira, em 1845, levou ao Instituto da Ordem dos Advogados do Brasil a obra *Da revisão geral e codificação das leis civis e do processo, no Brasil*. Euzébio de Queiroz sugeriu que se adotasse o *Digesto português*, de Correia Telles, pois entendia difícil a missão de organizar um Código Civil. Resolveu-se então realizar como preparação a um Código Civil brasileiro uma consolidação do direito privado comum em vigor, tarefa que ficou a cargo de Teixeira de Freitas, que contratado em 1855, três anos depois apresentou seu resultado. Em 1859 ele foi contatado para elaborar o projeto do Código Civil para o ano de 1861 – mais tarde adiado para 1864. Como a comissão que estudava o projeto suspendeu seus trabalhos em agosto de 1865, Teixeira de Freitas, incomodado, não mais retomou a obra. Em 1872 foi rescindido o contrato entre Teixeira de Freitas e o governo brasileiro. Inicialmente prevista para ser continuada por Joaquim Nabuco, a obra teve seguimento com Felício dos Santos, que em 1881 apresentou seu projeto ao governo.

No Projeto do Código de 1916 foi retirado o artigo 30 da Lei de Introdução, que reconhecia o divórcio no estrangeiro para dissolver o vínculo matrimonial.³⁶ Até 1917, o Brasil foi regido pelas ordenações filipinas.

No decorrer do século XX, a família sofreu mudanças em sua natureza, composição e função, sobretudo com o advento do Estado social, que passou a se interessar mais pela família, e, conseqüentemente, ampliar a tutela constitucional, ampliar os interesses protegidos, e definir modelos que nem sempre se amoldam à evolução social.

³⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**: comentado por Clóvis Beviláqua. Rio de Janeiro, Ed. Rio, 1984. v.1, p. 12.

³⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos...**, p.30.

No lugar da família patriarcal, que a legislação do Código Civil de 1916 tomou como modelo, surgiu uma nova família, atual, valorizando o vínculo da afetividade, tendo como princípios básicos a liberdade e a igualdade.

[...] “enquanto existir *affectio*, haverá família (princípio da liberdade)” e essa família passa a ser consolidada na “simetria, na colaboração, na comunhão não hierarquizada (princípio da igualdade)”.³⁷

Há doutrinadores que defendem que o valor do afeto substituiu o interesse pelo patrimônio.

A família, convertendo-se em espaço de realização da afetividade humana, marca o deslocamento da função econômico-procriacional para essa nova função. Esse fenômeno jurídico-social pode ser denominado tendência à repersonalização, valorizando-se os interesses da pessoa humana mais do que o patrimônio que detenham, nas relações de família.³⁸

No entanto verifica-se que, ao mesmo tempo em que nas relações entre os casais o afeto ganhou dimensões e passou a ser juridicamente valorizado, o espírito patrimonialista não abandonou o direito de família brasileiro, o que notadamente se observa no direito sucessório, ligado ao regime de bens do casamento,³⁹ e na legalização da união estável, com direitos patrimoniais e sucessórios.⁴⁰

A família atual tem a proteção do Estado como um direito subjetivo público, ou seja, é dever do Estado protegê-la. A família não é somente aquela constituída pelo

³⁷ LOBO, Paulo Luiz Neto. A repersonalização das relações da família. In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). **O direito de família e a constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 54.

³⁸ LOBO, Paulo Luiz Neto. A repersonalização das relações..., p. 54, 55.

³⁹ Ver artigo 1.829 do Código Civil, que modificou substancialmente a sucessão legítima, estabelecendo o que se denomina “concorrência sucessória”.

⁴⁰ Ver artigos 1.723, 1.725 e 1.790 do Código Civil.

casamento, mas toda a que apresenta forma de manifestação social estável, de acordo com o preceito constitucional, sendo dever do Estado protegê-la, igualmente, em todas as suas manifestações, seja matrimonial ou extramatrimonial.

A família atual já não tem mais em suas características as funções religiosa ou política; também a família nuclear não se parece mais com a família patriarcal, modelo que serviu de base para Código Civil de 1916. A família já não mais se organiza em uma rígida hierarquia, mas, sim, na comunhão dos interesses e vida comuns. Além disso, a função procriacional também foi superada, porque cada vez mais numerosos são os casais sem filhos, ou os que preferem viver sós.

Afirma Paulo Lobo que todos esses anteriores modelos ou funções da família já estão superados, e que prevalece hoje, quase exclusivamente, como função ou elemento fundamental de estabilidade da família, a *afetividade*, pois “os laços que a unificam não são mais os de caráter econômico e procriacional, mas os do afeto. Aqueles desempenham papel complementar, quando é o caso. Nem sempre são necessários”.⁴¹ Afirma o autor que no mundo inteiro cresce a concepção da família como “agência de amor”, visando à realização pessoal íntima da pessoa humana. Em decorrência disso, os laços de solidariedade entre pais e filhos são fortalecidos pelo legislador, consolidando-se os deveres recíprocos mesmo quando os filhos deixam a casa da família.⁴²

Mesmo evidenciando um caráter absolutista nas afirmações do citado jurista, com cuja visão não comunga a autora, pode-se observar que com a evolução do Estado Moderno (absolutista, liberal e social), a família sofreu modificações. As constituições liberais não tratavam da família, ao passo que as constituições sociais a tratam como a base da sociedade, como o fez a atual Constituição.

A família e o Estado sofrem limitações recíprocas. Sendo a família a base da sociedade, “aí reside a principal limitação do Estado. A família não pode ser impunemente violada pelo Estado, porque seria atingida a base da sociedade a que

⁴¹ LOBO, Paulo Luiz Neto. A repersonalização das relações..., p. 57.

⁴² LOBO, Paulo Luiz Neto. A repersonalização das relações..., p. 57.

serve o próprio Estado.”⁴³ Por outro lado, há situações em que não se pode deixar a decisão exclusivamente para a família, nos casos em que se tem em jogo interesses sociais ou públicos, como por exemplo: “é de interesse social que se assegure a ajuda recíproca entre pais e filhos e parentes próximos e que o abandono familiar seja punido”.⁴⁴ Confundem-se e intercalam-se o público e o privado.⁴⁵ Será a família uma questão de ordem privada ou de ordem pública?

Entre os diversos sentidos dados ao vocábulo “família”, três acepções merecem destaque: em sentido lato, em sentido restrito e em sentido intermédio.

Família em sentido *lato* se refere a todas as pessoas ligadas por vínculos de casamento, parentesco, afinidade, adoção; em sentido *restrito*, compreende o pai, a mãe (o casal) e os filhos – é a família “nuclear”, conjugal, com base na sociedade paterno-filial. E, em sentido *intermédio*, se refere ao grupo de pessoas que vive debaixo do mesmo teto, sendo o “lar” o elemento aglutinante.⁴⁶

A família exercia função política originária do direito romano, na fase da *agnação*, o que perdurou até a Revolução Francesa. A família romana era formada pelo *pater famílias*, seu chefe, e os seus descendentes, bem como pela mulher *in manu*, tão dependente e sem autonomia quanto a filha – *loco filiae* –, e os estranhos recebidos no grupo familiar pela *adrogatio* – adoção de um *pater famílias* juntamente com toda a sua própria família.⁴⁷ Todos tinham um único chefe.

Com relação ao *poder familiar*, no direito romano existia o *pátria potestas*, poder exclusivo do *pater famílias* – chefe absoluto – sobre todos os seus descendentes, as mulheres casadas *cum manu*, os adotados e os arrogados. Se o marido era *sui iuris* – senhor de seus direitos, as mulheres entravam na família do marido pela *conventio in manum* – poder; ou se encontrava *in potestate* – do *pater famílias* o marido era *alieni iuris*.

⁴³ LOBO, Paulo Luiz Neto. A repersonalização das relações..., p. 58, 59.

⁴⁴ LOBO, Paulo Luiz Neto. A repersonalização das relações..., p. 59.

⁴⁵ SALDANHA, Nelson. **O jardim e a praça**: o privado e o público na vida social e histórica. São Paulo: Edusp, 1993.

⁴⁶ SANTOS, Eduardo dos. **Direito de família**. Coimbra: Almedina, 1999, p. 13.

⁴⁷ SANTOS, Eduardo dos. **Direito de família...**, p. 25.

Pela adoção (*adoptio*) um *alieni iuris* saía da sua família natural e da *potestas* do seu *paterfamilias* para ingressar na família do adotante. Pela arrogação (*arrogatio* ou *adrogatio*) um *sui iuris* ingressava, com todas as pessoas sujeitas à seu *potestas*, na família do adotante. E o *potestas* do *paterfamilias* era exclusivo e absoluto, tinha o direito de vida ou de morte – *ius vitae et necis* – sobre as pessoas sujeitas ao seu poder; podia vendê-las (*ius vendendi*); podia abandoná-las ou expô-las (*ius exonendi*); podia cedê-las a título de ressarcimento dos danos (*noxae*) por elas causados (*ius noxae dandi*).⁴⁸

O *patria potestas* era amplo e ilimitado, sobre todas as pessoas livres de sua família, sem distinção de solteiros ou casados, menores de idade ou maiores de idade. Era um poder vitalício, do qual o detentor poderia abrir mão pela *emancipatio*, com o que liberava o filho.

O sistema romano do *patria potestas* era imune a deveres, apenas determinava poderes. Não visava a qualquer proteção dos filhos. Nessa linha, também os bens dos filhos – pecúlios – eram egoisticamente e totalmente administrados pelos pais.

O Brasil, herdeiro do “pátrio poder” romano, foi aos poucos modificando esse quadro rígido e dominador por meio da constitucionalização das relações de família.

As constituições em regra não tratam igualmente a família legítima e as demais manifestações de união familiar, que por vezes não são nem referidas. A Constituição brasileira de 1988, em caráter inovador, refere-se à *União Estável* como entidade familiar, e preceitua que se deva facilitar sua conversão em casamento; menciona, também, a liberdade de divorciar. Isso demonstra a valorização da afetividade, o que é considerado, hoje, princípio jurídico⁴⁹.

⁴⁸ SANTOS, Eduardo dos. **Direito de família...**, p. 509.

⁴⁹ Ver a esse respeito artigo de LOBO, Paulo Luiz Neto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **A família na travessia do milênio**: Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 245-253.

A Constituição de 1824, de caráter liberal, não fez qualquer referência à entidade da família. Na Constituição de 1891, também marcada pelo caráter liberal, não há menção específica à família, a não ser no art. 74, § 4º, quando diz: “A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.” Já as Constituições sociais, de 1934, 1937, 1946, 1967-1969, e 1988, destinaram normas específicas à família, entre suas fases de autoritarismo e democracia.

A Constituição de 1934 já dedica um capítulo inteiro à família⁵⁰.

A Constituição de 1937, igualmente à de 34, refere-se tão somente à família legítima. “A educação surge como dever dos pais. Os filhos naturais são equiparados aos legítimos. O Estado autoritário transforma-se em tutor da infância e da juventude, substituindo os pais em caso de abandono”.⁵¹

A Constituição de 1946, em seus arts. 163 a 165, refere-se apenas à família legítima, dando importância especial ao casamento indissolúvel. O Estado é “tutor-assistencial, estimulando a prole numerosa, e a assistência à maternidade, à infância e à adolescência”.⁵²

A Constituição de 1967, em seu art. 167, faz apenas pequenas alterações no que dispunha a de 1946, sendo ainda mais concisa; e a Constituição de 1969, pela Emenda n. 9/77, torna dissolúvel o casamento, mas se refere expressamente apenas à família legítima.

Em relação à Constituição de 1988, tem-se que o Estado não faz qualificações ou restrições na proteção à família, que se estende a qualquer tipo existente, e não apenas à família legítima, que, no entanto, continua sendo o tipo padrão constitucional. Os interesses tutelados em relação à família dizem respeito à pessoa, isto é, são personalíssimos e indisponíveis, e não patrimoniais. A família

⁵⁰ “A Constituição de 1934 dedica um capítulo à família (arts. 144 a 147), sendo reconhecida apenas a legítima (“constituída pelo casamento indissolúvel”). Como destinação típica do Estado social, aparece pela primeira vez a referência expressa à “proteção especial do Estado”, que será repetida em todas as Constituições subseqüentes. Apesar da restrição à família legítima, avança-se na ampliação do conceito: permite-se o reconhecimento dos filhos naturais (não adúlteros)”. NETO LOBO, Paulo Luiz Neto. A repersonalização das relações..., p. 60.

⁵¹ LOBO, Paulo Luiz Neto. A repersonalização das relações..., p. 60.

⁵² LOBO, Paulo Luiz Neto. A repersonalização das relações..., p. 61.

tem como base a igualdade total entre os cônjuges e os filhos, e a liberdade para constituir relação conjugal ou extingui-la, liberdade sobre o número de filhos, a liberdade de planejamento. “Os direitos dos membros da união familiar são autônomos, independentemente do *status familiae* (estado de casado ou de filho)”.⁵³

Com a Revolução Industrial, os papéis foram se modificando: homens e mulheres necessitaram trabalhar em fábricas, os filhos passaram a não mais ficar tanto tempo com a mãe, e a escola passou a exercer importante papel na educação das crianças e dos adolescentes. As recreações, que antes eram realizadas dentro do lar, passaram aos cinemas, teatro, boates, casas noturnas. Crises econômicas levaram ao controle da natalidade. A família passou do *modelo tradicional* para o *modelo modernista*. Os papéis desempenhados pelo homem e pela mulher se transformaram, adquiriram novas e diferentes nuances. Os papéis profissional, doméstico e educativo não mais são privilégio e exclusividade das mulheres. Desaparece – constitucionalmente – a superioridade do homem com relação à mulher.

A família modernista, diferentemente da família tradicional, adquiriu uma filosofia em que a família deixou de ser a instituição em prol da qual todos devem se sacrificar, para ser um referencial no qual as pessoas buscam a felicidade. Casamentos infelizes não mais devem perdurar por toda a vida. “Não é mais o indivíduo que existe para a família e o casamento, mas a família e o casamento que vivem para o indivíduo”⁵⁴ Com isso, os cônjuges e os membros da família passaram a ter tanto direito moral à felicidade, como deveres a serem cumpridos.

Apregoam alguns estudiosos, em virtude disso, que o direito de família contemporâneo é calcado em relações pessoais, não sendo predominantes os interesses patrimoniais. Entretanto a maioria dos Códigos Civis nos países ocidentais, influenciados pelo ideal liberal, tem como base do todo o direito privado, inclusive o direito de família, a propriedade e os direitos patrimoniais. O modelo patriarcal ilustra essa concepção patrimonialista da família, porque essa família tem

⁵³ LOBO, Paulo Luiz Neto. A repersonalização das relações..., p. 61.

⁵⁴ SANTOS, Eduardo dos. **Direito de família...**, p. 28.

como base o domínio do homem, e os filhos detêm a posse do patrimônio paterno por sucessão, motivo pelo qual a paternidade deve ser incontestável.

O Código Civil de 1916 apresenta conteúdo predominantemente patrimonial nas relações de família. No entanto, a partir da segunda metade do século XX, as bases da família patriarcal calcadas na concepção liberal da livre propriedade começam a ser modificadas, à medida que se fortalecem os princípios da liberdade e igualdade na família. Procura-se firmar a idéia de que não deve a proteção do patrimônio ser maior que a proteção à pessoa. “Evidentemente, as relações de família também têm natureza patrimonial. Sempre terão. Quando, porém, passam a ser determinantes, desnaturam, como a história retratou, a função da família”.⁵⁵

Hoje a família também apresenta interesses que não essencialmente patrimoniais; está ligada por interesses pessoais outros, pela afetividade. A pessoa humana, e não apenas o patrimônio, passa a ser valorizada. Essa tendência é maximizada por alguns doutrinadores, que afirmam que o afeto e não mais o patrimônio é o centro das relações jurídicas, dando a esse fenômeno o nome de “repersonalização”.

A família é no presente, muito mais do que antes, o espaço de realização pessoal afetiva, despatrimonializada. [...] O interesse a ser tutelado não é mais o do grupo organizado como esteio do Estado, e das relações de produção existentes, mas das condições que permitem à pessoa humana realizar-se íntima e afetivamente, nesse pequeno grupo social.⁵⁶

Ensina Perlingieri que a expressão “despatrimonialização”, que considera pouco elegante, retrata uma tendência do ordenamento jurídico de concretizar aos poucos uma opção entre personalismo e patrimonialismo. No entanto isso não significa expulsão ou redução do patrimonialismo no sistema jurídico, pois “o momento econômico, como aspecto da realidade social organizada, não é

⁵⁵ LOBO, Paulo Luiz Neto. A repersonalização das relações..., p. 67.

⁵⁶ LOBO, Paulo Luiz Neto. A repersonalização das relações..., p. 74.

eliminável.”⁵⁷ A divergência se encontra na “avaliação qualitativa” do momento econômico e na disponibilidade de encontrar um aspecto idôneo para uma justificativa institucional de suporte ao desenvolvimento da pessoa. O sistema passa a ser reconstruído tendo como suporte o valor da pessoa, de forma a conduzir na direção de um sistema econômico misto, privado e público, que tenha capacidade de produzir modernamente e distribuir mais justiça.

Assim, as relações de consanguinidade não são mais vistas as únicas a terem importância jurídica, pois também são consideradas as relações de afetividade, ou seja, não somente a paternidade biológica é importante, mas também a paternidade afetiva. Os pais são aqueles que criam, nem sempre os que têm o mesmo sangue. Em virtude dessa modificação de princípios, a adoção passou a ser estimulada⁵⁸. A maior liberdade na dissolução do casamento, a capacidade de poder optar por terminar com um casamento falido, condiz com a preservação da afetividade como base da família, pois terminado o amor não prevalecem – em regra – motivos sólidos para a manutenção do casamento.

A Constituição de 1988 acompanhou as mudanças na base da família. Inseriu, no capítulo da família, referência expressa à igualdade total dos cônjuges e igualou também todos os filhos, independentemente da condição de seu nascimento, inclusive os adotivos. Também a família informal e a monoparental, e não apenas a família formada pelo casamento, passaram a receber proteção do Estado⁵⁹.

Nesse contexto histórico é que se pretende situar, para uma compreensão melhor, o regramento da obrigação alimentar no Brasil.

⁵⁷ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 33-34.

⁵⁸ Ver: BRASIL. **Lei n.º 12.010**, de 3 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm>. Acesso em: 11 out. 2009. Nova lei da adoção.

⁵⁹ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 3º. Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

O direito romano contemplava a obrigação alimentar com relação aos pais e ascendentes, reciprocamente, o que foi seguido pelas Ordenações Filipinas. O assento de 9 de abril de 1772 foi o documento que originalmente ampliou essa obrigação, firmando entendimento que se manteve hígido até o Código Civil de 1916.⁶⁰

Anteriormente ao Código Civil, de acordo com a “Consolidação” de Teixeira de Freitas⁶¹ não era exigida a obrigação alimentar aos pais nas seguintes circunstâncias:

1º se contra eles haviam cometido os filhos alguma ingratidão, pela qual pudessem ser deserdados; 2º se, sem justa causa, abandonassem a casa dos pais, faltando-lhes com os obséquios e respeitos devidos; 3º se casassem contra a vontade dos pais, não tendo sido a falta do consentimento suprida pelo juiz. Para os irmãos, cessava a obrigação alimentar quando o alimentado se retirava da casa do irmão a quem tinha pedido alimentos, e também quando casava sem a autorização dos pais comuns.⁶²

Tais preceitos, no entanto, não foram mantidos pelo Civil de 1916. A Constituição de 1824 já determinara uma codificação, e, em 1855, Teixeira de Freitas foi encarregado pelo governo imperial de elaborar a consolidação das leis civis, pois se haviam acumulado muitas leis avulsas sobre as Ordenações Filipinas de princípios do século XVII. Teixeira de Freitas então redigiu 1.333 artigos, precedidos por rica introdução, e muitas anotações, nos quais colocou toda a legislação civil em vigor, excluindo somente – e de propósito – o que se relacionava com a escravidão. Por problemas vários, inclusive de saúde, e com o projeto de Código Civil inacabado, Teixeira de Freitas rescindiu seu contrato em 1859, quando seu “esboço” já estava quase pronto por completo como “Código Civil”. Tem-se conhecimento de que Teixeira de Freitas elaborou 4.908 artigos.

⁶⁰ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de família...**, p. 384.

⁶¹ Art. 170 §§ 3º 4º e 5º. In: FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das leis civis**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

⁶² BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de família...**, p. 386.

Apesar de elogiar Teixeira de Freitas, Clóvis Beviláqua entendeu que o autor não demonstrou “com a necessária nitidez, o caráter próprio dos direitos que se desenvolvem na família, de modo a constituírem um grupo distinto de relações.”⁶³

Afirma Levi Carneiro que, apesar de Rui Barbosa ter sido o autor principal da primeira constituição republicana e o evangelizador da democracia, Teixeira de Freitas o precedeu em cerca de vinte anos, com o “Esboço” quando iniciou o

[...] culto do Direito no Brasil, com o devotamento a paixão a probidade de um apóstolo; desempoeirou, arrumou, classificou, clarificou a *congerie* imensa das leis coloniais reguladoras das relações civis; promoveu-lhes a reforma, a renovação, sob a inspiração dos mais altos ideais e de princípios originais. [...] foi, verdadeiramente, nosso primeiro juriconsulto, o oráculo cujos ensinamentos, desde há quase um século, e ainda agora, orientam os que procuram a solução dos problemas de Direito Civil⁶⁴

Pontes De Miranda aponta duas regras fundamentais do direito a alimentos contidas no Código Civil de 1916: a) que os alimentos devem obedecer ao binômio necessidade-possibilidade, e b) que o direito a alimentos pode não ser exercido, mas a ele não se pode renunciar.⁶⁵ Alerta o autor para a diversidade do sistema português, no que toca à afinidade, pois lá são obrigados reciprocamente os sogros, genros e noras (art. 206 Código Português)⁶⁶, ao passo que no Brasil não há obrigatoriedade de alimentos entre afins, mesmo em linha reta.

⁶³ BEVILÁQUA, Clóvis. **Linhas e perfis jurídicos**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1930, p. 125.

⁶⁴ CARNEIRO, Levi. Estudo crítico biográfico. In: FREITAS, Augusto Teixeira de. **Código Civil: esboço**. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1952, p. VII.

⁶⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de família...**, p. 386.

⁶⁶ Art. 2009. (Pessoas obrigadas a alimentos): 1. Estão vinculados à prestação de alimentos, pela ordem indicada: a) o cônjuge ou o ex-cônjuge; b) os descendentes; c) os ascendentes; d) os irmãos; e) os tios, durante a menoridade do alimentando; f) o padrasto e a madrasta, relativamente a enteados menores que estejam, ou estivessem no momento da morte do cônjuge, a cargo deste. 2. Entre as pessoas designadas nas alíneas b e c do número anterior, a obrigação defere-se segundo a ordem da sucessão legítima. 3. Se algum dos vinculados não puder prestar os alimentos ou não puder saldar integralmente a sua responsabilidade, o encargo recai sobre os onerados subsequentes. PORTUGAL, Código. **Código Civil português**. Coimbra: Almedina, 1967.

Na França a obrigação era de reciprocidade no parentesco em linha reta. Cessava o dever por “atos de desrespeito à piedade e à honra pessoal ou da família” persistindo mesmo aí o dever moral por causa de indignência, regulada por leis de assistência.⁶⁷

No Brasil, até a chegada do Código de 1916, o direito civil era uma legislação civil esparsa formada pelas Ordenações Filipinas, alvarás e avisos e leis extravagantes.⁶⁸

O “Esboço” de Teixeira De Freitas⁶⁹ aperfeiçoou o direito alemão, francês e peninsular fortemente inseridos na América do Sul – notadamente Argentina, Uruguai e Paraguai. Sua influência se deu menos com os costumes trazidos do que com a literatura européia, muito apreciada na América.

Destaca Ruy Rosado de Aguiar Júnior sobre a “Consolidação” de Teixeira de Freitas que a sua importância nos dias de hoje está em que a destacada obra “ao resgatar e ordenar a nossa herança jurídica, também desenhou a fisionomia da

⁶⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de família...**, p. 387.

⁶⁸ “A Consolidação foi o verdadeiro Código Civil do Brasil durante mais de meio século (1858-1917). Assim a ele se referiu Clóvis Beviláqua: ‘o nosso primeiro Código Civil’ (‘Teixeira de Freitas’, Revista de La Universidad Nacional de Córdoba, ano IV, n.1, março de 1917, apud Ernesto Nieto Blanc, ‘Augusto Teixeira de Freitas’, La Ley, v. 130, p. 783). ‘Começou (a consolidação), em seguida, a desempenhar o papel de Código’, disse Rodrigo Octavio (‘Teixeira de Freitas e a unidade do Direito Privado’, Archivo Judiciário, v. XXV, 1933. p.69). ‘A Consolidação (encomendada por seu pai), que até hoje nos serve de Código Civil’, escreveu Joaquim Nabuco (‘Um estadista do Império’, v. II, p. 1051)”. AGUIAR FILHO, Ruy Rosado de. Prefácio. In: FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das leis civis**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. v.1, p. XIX.

⁶⁹ “Celebrou, então, Teixeira de Freitas com o governo o contrato de 11-1-1859. [...] Árdua foi a tarefa que teve o eminente juriconsulto: procurou primeiramente fazer um esboço completo de toda a matéria para daí extrair depois o projeto definitivo do Código. Já bem adiantado se achava o esboço colossal (5.000 artigos), de extraordinária solidez, talhado sobre a rocha dos bons princípios, pela mão vigorosa de um artista superior, quando, compenetrado da necessidade de alterar todo o seu plano, se dirigiu ao Ministro da Justiça, propondo a unificação do Direito privado através de um Código geral (compreendendo dois livros – o primeiro sobre as causas jurídicas e o segundo sobre os efeitos jurídicos) e de um Código Civil (que compreendia 1) os efeitos civis; 2) os direitos pessoais; 3) os direitos reais). Declarara então Teixeira de Freitas que, não sendo aceito o seu plano, se limitaria à publicação do complemento do Esboço, exonerando-se de todas as demais obrigações do contrato. Apesar do parecer favorável da seção de Justiça do Conselho de Estado, não foi aceita a proposta, rescindindo-se o contrato”. SEGURADO, Milton Duarte. **O direito do Brasil**. São Paulo: Bushatsky, Edusp, 1973, p. 389-390.

legislação civil que a seguiu, tanto no Código Civil de 1917 como no recente Código Civil de 2002.”⁷⁰

Levi Carneiro aponta que muitos dispositivos do Esboço subsistem no Código Civil brasileiro de 1916, tendo sido imensa e benemérita sua influência, e, segundo Pontes de Miranda, os melhores artigos do Código de 1916 têm origem no Esboço e nos projetos fundamentais de Teixeira de Freitas.⁷¹

O Código de 1916 traz forte o liberalismo de um povo que construiu um império constitucional, racionalista, quase secular com ambição de ciência e justiça idealista, o que se refletiu nas leis, com forte influência portuguesa do século XVII, e estrutura católico-feudal da família. É um código adulto, de um país que encara com mais “insaciabilidade técnica” as suas reformas legislativas.⁷²

Mesmo sob a influência comum de Teixeira de Freitas, o Código *argentino* reflete uma sociedade preponderantemente econômica, visando a estreitar os laços familiares, ao passo que o código *uruguaio* apresenta uma legislação mais ousada e instável, paralela ao alastramento do ensino, de mais fácil manejo do governo, entusiasmando-se com reformas, o que resultou numa legislação inquieta e progressista.

No que toca a alimentos, o Código de 1916 manteve as regras do direito anterior, com notável influência do Assento de 9 de abril de 1772⁷³, apresentando algumas modificações⁷⁴: O artigo 397 determinava que “o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.”

⁷⁰ AGUIAR FILHO, Ruy Rosado de. Prefácio..., p. XXIV.

⁷¹ CARNEIRO, Levi. Estudo crítico biográfico..., p. XXXI.

⁷² MIRANDA, Pontes de. **Fontes e evolução...**, p. 457.

⁷³ MIRANDA, Pontes de. **Fontes e evolução...**, p. 179.

⁷⁴ Art. 402, tirado do *Esboço* de Teixeira de Freitas; art. 1.621, 4º (anterior ao CD Italiano, art. 146, e ao BGB § 1.615, e ao venezuelano, art. 325). Arts. 404 e 405 derivam do CC português art. 182 (cp. BGB § 1.614) e do italiano, art. 193 (cp. Code Civil, art. 762 e 763); e o art. 403, do português no art. 183. A doutrina anterior já aceitava essa orientação.

O art. 34 do Decreto nº 17.493-A, de 12 de outubro de 1927- Código de Menores – penalizava o abandono alimentar.⁷⁵

O Código Civil de 1916 não fazia a distinção expressa entre os alimentos devidos aos filhos sujeitos ao então denominado “pátrio-poder” – os menores de idade – e aos filhos maiores – já emancipados dos cuidados indispensáveis daqueles que os geraram. Assim é o artigo 231 em seu inciso IV que melhor trata o assunto relativo aos filhos sujeitos ao poder familiar, ao estabelecer os direitos e deveres dos cônjuges, impondo a ambos o dever de “sustento, guarda e educação dos filhos”. Tal disposição legal tem por objeto “a sorte dos filhos. Ao pai e à mãe, incumbe, por natural afeição, por dever moral e por obrigação jurídica, sustentar aqueles a quem deram o ser, velar, cuidadosamente por eles, dirigi-los, defendê-los, e prepará-los para a vida.”⁷⁶

Conforme se vê, e ratifica Clovis do Couto e Silva, para que se conheça a situação atual de um sistema jurídico, mesmo que em suas grandes linhas, “é necessário ter uma idéia de seu desenvolvimento histórico, das influências que lhe marcaram as soluções no curso dos tempos”⁷⁷. Com a convicção a esse respeito reforçada, pode-se afirmar que, para tratar de temas de Direito de Família, como a obrigação alimentar dos avós, imperioso tratar de sua liberalidade afetiva, dos laços de origem e desenvolvimento de tal encargo, da leitura dos limites constitucionais. Aqui, anda com mais propriedade do que nas outras esferas do Direito, não se pode prescindir de identificar o nascedouro, as origens, as influências e o desenvolvimento desse direito tão específico, tão inerente à pessoa humana. No Direito de Família, as emoções, o comportamento, a sociedade, o meio ambiente desempenham um papel fundamental.

⁷⁵ “Negar, sem justa causa ao filho legítimo, natural ou adotivo, menor de 16 anos de idade, os alimentos ou subsídios, que deve em virtude de lei, ou de uma convenção ou de decisão de autoridade competente; deixar de pagar, tendo recursos, a sua manutenção, estando ele confiado a terceiro com essa obrigação; recusar-se a retomá-lo; abandonar, embora não o deixando só, quando ele se achar em perigo de morte, ou em perigo grave e iminente para sua saúde. Pena de prisão celular de vinte dias a dois meses e multa de CR\$ 20,00 (vinte cruzeiros).”

⁷⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos...**, p. 585.

⁷⁷ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e; FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). **O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 11.

Alain Finkeltraut⁷⁸ afirma que o que distingue as nações não é a raça e nem a língua, pois os homens sentem em seus corações que são um mesmo povo porque têm comunidade de idéias, de interesses, de afetos, de lembranças, de esperanças. E é isso que faz a pátria, pois a pátria é aquilo que se ama. Logo adiante, o mesmo autor⁷⁹ pondera que a nação é composta pelos sacrifícios já feitos e pelos que se há de fazer; uma nação supõe um passado. Efetivamente, o passado é preciso para que se possa compreender o presente e imaginar o futuro. Afirma ainda Finkeltraut⁸⁰ que, de conformidade com a concepção de Strauss e Mommsen, o homem é cativo de sua ascendência.

Os negros escravos trazidos ao Brasil, a ama de leite, os indígenas que habitavam o país, seus hábitos e costumes influenciaram notadamente a estrutura familiar brasileira, com grande carga de afetividade, e uma relação muito estreita entre os componentes de uma família. “O recurso aos parentes, especialmente à avó materna, é tipicamente brasileiro, e faz parte da nossa mais pura tradição patriarcal.”⁸¹

O direito de família brasileiro traz uma inegável marca de sua história, revelando forte influência romanística, num sistema familiar herdado dos visigodos, em que a família é o centro de tudo, exercendo os idosos importante papel no contexto familiar – o papel do afeto, o papel do cuidado, o papel do refúgio, do porto seguro.

Torna-se necessário, assim, uma abordagem paulatina da matéria, em seus pontos básicos, de forma que se possa sustentar a idéia proposta neste estudo: os

⁷⁸ “Ce que distingue les nations n’est ni la race ni la langue. Les hommes sentent dans leur coeur qu’ils sont un même peuple lorsqu’ils ont une communauté d’idées, d’intérêts, d’affections, de souvenirs, et d’esperances. Voilà ce que fait la patrie (...) la patrie, c’est ce qu’on aime. FINKIELKRAUT, Alain. **La défaite de la pensée**. Paris: Gallimard, 1987, p. 45-46.

⁷⁹ FINKIELKRAUT, Alain. **La défaite de...**, p. 48.

⁸⁰ “Dans la conception de Strauss et de Mommsen, l’homme est captif de son ascendance, son quant-à-soi est pure illusion: il est investi jusque dans les replis les plus secrets de son intériorité par l’histoire dont il est l’heritier, par la langue qu’il parle, par la société qui lui a donné naissance. . La tradition le précède et devance sa réflexion: il lui appartient avant de s’appartenir.” FINKIELKRAUT, Alain. **La défaite de...**, p. 50.

⁸¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. Prestação alimentícia dos avós: a tênue fronteira entre obrigação legal e dever moral. In: _____. **Alimentos no novo código civil: aspectos polêmicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 58.

avós não têm a mesma responsabilidade alimentar dos pais, e não podem ser onerados com uma carga que não lhes pertence. Em hipótese alguma, sejam pobres ou sejam ricos, estejam os netos representados por seu pai ou por sua mãe, ou ainda por ambos ou por terceiros, não se pode permitir agredir a dignidade dos avós, mesmo que sob o manto do princípio da dignidade da criança ou adolescente, pois são os avós tão sujeitos de direito quanto quaisquer outros sujeitos. Os pais podem e devem se privar de bens e confortos em favor de seus filhos, mas os avós não têm essa obrigação, pois já fizeram a sua parte, cumpriram seu dever legal e moral ao criarem seus próprios filhos, e, agora, como ascendentes de segundo grau, têm outro papel a exercer que não o de pais: eles devem ser simplesmente avós. Sua atuação junto aos netos é mais suave, mais leve, com menos responsabilidades, e com muita afetividade. Os avós são os ascendentes de segundo grau. O primeiro grau corresponde aos pais, e a eles é atribuída, não somente de direito, mas também de fato, a responsabilidade alimentar dos filhos, criá-los e educá-los como seus próprios pais – agora avós – já fizeram um dia. Essa responsabilidade parental, da qual muitos tentam se livrar, numa paternidade irresponsável, não é dos avós: é, como o próprio nome já o diz, dos pais. Os avós merecem um olhar mais legal, mais constitucional, mais justo, mais equilibrado.

Dentro dessa proposta, este trabalho se propõe a examinar, na introdução, as fases do direito brasileiro, a obrigação alimentar anterior e posterior ao Código de 1916, e procura fazer um retrospecto histórico do direito, do direito de família, e da família através dos tempos – seu significado, seus deveres e suas responsabilidades – desde o sentimento de família, da afetividade, até a responsabilidade jurídica familiar ante a velhice.

Procurou-se seguir o plano francês, com duas grandes partes.

Na primeira parte, se procura estabelecer os contornos jurídicos da obrigação alimentar, com uma abordagem dos fundamentos legais e de sua natureza jurídica, definindo os sujeitos da obrigação, tanto no polo ativo quanto no passivo, fazendo um retrospecto das características da obrigação alimentar, com ênfase no binômio *necessidade-possibilidade*.

Ainda na primeira parte, propõe-se um exame do conceito de “necessidade” visto sob a ótica contemporânea, em que as mulheres não mais são dependentes economicamente de seus maridos – ou do pai de seus filhos. Examinam-se as formas de obter alimentos – rendas, trabalho próprio e dependência de terceiros – bem como as motivações que levam uma pessoa a pleitear juridicamente alimentos. A autora reforça sua tese, já apresentada por ocasião de sua titulação de Mestre, em que define como “transpessoalidade na pretensão alimentária”, o recurso utilizado quando o demandante da ação de alimentos, em geral filho ou neto, na verdade “esconde” por trás do pedido a ex-esposa ou a nora que requerem alimentos para si próprias. Muitas vezes não são os netos que pretendem alimentos, mas a nora utiliza o neto como meio, instrumento para atingir seu fim.

Encerrando a primeira parte, procura-se estabelecer a distinção entre o dever de alimentos e o dever de sustento, assistência e socorro. Embora não haja muita clareza a esse respeito na doutrina, pode-se concluir que existe uma estreita relação desses deveres com os alimentos naturais e civis, correspondendo o “dever de alimentos” aos alimentos naturais, essenciais à vida, e “o dever de assistência e socorro” mais amplo, mais abrangente, aos alimentos civis. Seria, também, o correspondente aos *alimenti* e *mantenimenti* do direito italiano.

A segunda parte aborda a obrigação alimentar dos avós e o conflito dos direitos fundamentais no direito de família brasileiro. Numa abordagem inicial, trata do papel dos avós na dinâmica familiar. Com a separação dos filhos, os pais muitas vezes se veem surpreendidos com o retorno do filho separado à casa paterna. Enquanto o marido separando volta para a casa de seus pais, se houve filhos da união a mãe-guardiã, por sua vez, chama a avó materna para a casa onde ela ficou com os filhos, para auxiliá-la na criação dos netos. A reviravolta da vida dos filhos casados ocasiona, por outro lado, outra reviravolta na vida dos avós. Muitos destes, aposentados, com poucos rendimentos, passam a ter importante papel na manutenção não só econômica, mas afetiva da vida dos netos. Passam a conviver três gerações sob o mesmo teto. A mãe-guardiã, por vezes, para se vingar do marido, entra com ação contra os pais do marido; outras vezes, principalmente se mantinha um padrão de vida melhor às custas dos sogros, a nora ajuíza ação em

nome do neto para que ela, a nora, não tenha que trabalhar e seja sustentada pelos sogros.

Examina-se, ainda, a distinção fundamental entre a obrigação alimentar decorrente do “poder familiar”, exclusivo do pai e da mãe, daquela obrigação relativa aos avós – que decorre do parentesco, e é essencialmente diversa da obrigação parental.

Também se aborda a convivência entre as gerações e as conseqüências da monoparentalidade nas ações judiciais contra os avós. A falta de “disposição” para o trabalho, mesmo com capacidade para tanto, é examinada como um elemento que subtrai dos filhos o necessário sustento que os pais deveriam lhe proporcionar, e faz com que as demandas sejam dirigidas aos avós.

Discorre-se sobre o poder familiar e a complementaridade da pensão pelos avós, com destaque para a divisão das responsabilidades dos alimentantes, a falta do parente mais próximo e a reciprocidade preconizada pelo Código Civil.

Ainda na segunda parte, postas as questões legais e atinentes ao direito de família e à obrigação alimentar, é visto o aspecto constitucional, em que se busca um critério de equilíbrio entre o princípio fundamental da dignidade da pessoa idosa, e o princípio fundamental da dignidade da criança e do adolescente, com vista à delimitação da obrigação avoenga. Examina-se e é cotejado o estatuto do idoso e o estatuto da criança e do adolescente, buscando-se a flexibilização do binômio necessidade-possibilidade como critério de equilíbrio na obrigação alimentar avoenga, sob a ótica constitucional. Demonstra-se em decisões judiciais a tendência à preponderância das necessidades dos netos em detrimento das necessidades dos avós.

Conclui-se que a responsabilidade alimentar dos avós é indevidamente estendida além dos limites legais – e também constitucionais, pois são os avós tratados como se pais fossem, com a imposição de sacrifícios e privações a que não estão obrigados. A preponderância da criança e do adolescente sobre os avós é explícita, indevida, e demasiada. Os avós são sujeitos de direito, merecedores da atenção a que fazem jus constitucionalmente. Têm direito moral à felicidade. Os

avós devem ter a possibilidade de exercitar sua liberalidade afetiva para com os netos, traduzida e materializada em cuidados, atitudes de carinho, presentes e lazer. Liberalidade afetiva não é obrigação legal. Os avós merecem um olhar mais justo.⁸² É o que este estudo se propõe a demonstrar.

⁸² Justo concreto, considerado juridicamente, em que “o indivíduo é sujeito de direitos não por meio do Estado, mas deve, por sua natureza, ser respeitado pelo Estado.” HECK, Luís Afonso. O modelo das regras e o modelo dos princípios na colisão de direitos fundamentais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: RT, v.89, n.781, p. 71-78, nov. 2000, p.72.

1 OS CONTORNOS JURÍDICOS DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR

1.1 *Elementos tradicionais*

1.1.1 *Fundamentos legais e natureza jurídica*

Os alimentos, que constam de nosso ordenamento jurídico como obrigação legal, recebem sua conceituação da doutrina.

Na concepção de Clóvis Beviláqua, “a palavra *alimento* tem, em direito, uma acepção técnica, de mais larga extensão do que a da linguagem comum, pois que compreende tudo que é necessário à vida: *sustento, habitação, roupa, educação e tratamento de moléstias.*”⁸³

Luiz Edson Fachin entende os alimentos como prestações para a satisfação das *necessidades* de quem não pode provê-las por si.⁸⁴ Lourenço Mário Prunes conceitua alimentos como

[...] a prestação fornecida por uma pessoa a outra, para que atenda às necessidades da vida, podendo compreender comida, bebida, teto para morar, cama para dormir, medicamentos, cuidados médicos, roupas, enxoval, educação, e instrução, etc., sendo proporcionada no

⁸³ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de família...**, p. 383.

⁸⁴ FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**: curso de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 268.

geral em dinheiro, cujo “quantum” corresponde às utilidades mas podendo igualmente ser fornecido em espécie.⁸⁵

Para Orlando Gomes, os alimentos consistem nas prestações para satisfação das *necessidades vitais* de quem não pode provê-las por si.⁸⁶ A prestação é um comportamento do devedor que visa a satisfazer os interesses do credor. Os alimentos são materializados em prestações, normalmente em dinheiro, dívida de valor⁸⁷, mas não se reduzem ao conceito clássico da obrigação pecuniária ainda que a prestação o seja. Trata-se de direito pessoal, não-patrimonial.

Para Yussef Cahali, *alimentos* vem a significar tudo o que é necessário para satisfazer as *necessidades vitais* de quem não pode provê-las por si.⁸⁸ Foi adotada no direito para designar o conteúdo de uma pretensão ou de uma obrigação; é a contribuição periódica do necessário à manutenção assegurada a alguém, por um título de direito, o que lhe confere o caráter da exigibilidade. Yussef Cahali e Orlando Gomes⁸⁹ limitam as *necessidades para vitais*.

Os alimentos, quanto à sua natureza, recebem a denominação de “naturais” ou “civis”. Quando se fala em “alimentos”, tanto se refere ao que é estritamente necessário à vida de uma pessoa – a alimentação propriamente dita, cura, vestuário e habitação, constituindo-se então nos *alimentos naturais* – como abrange outras necessidades, intelectuais e morais, podendo variar conforme a posição social da pessoa necessitada, denominando-se *alimentos civis* ou *côngruos*.⁹⁰

Os alimentos naturais, também denominados de *necessarium vitae* (necessários à vida), são aqueles sem os quais a pessoa não pode subsistir.

⁸⁵ PRUNES, Lourenço Mario. **Ações de alimentos**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1976, p. 29.

⁸⁶ GOMES, Orlando. **Direito de família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 427.

⁸⁷ De acordo com a teoria das dívidas de valor, nas obrigações decorrentes de atos ilícitos e obrigações reparatórias de dano, a indenização deve ser atualizada, não se limitando ao valor da época do dano. A dívida será atualizada pela correção monetária, mesmo sem que haja disposição expressa nesse sentido. A correção monetária é da essência da reparação civil.

⁸⁸ CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 16.

⁸⁹ GOMES, Orlando. **Direito de família...**, p. 427.

⁹⁰ GOMES, Orlando. **Direito de família...**, p. 427.

Relacionam-se à alimentação, à cura, ao vestuário e à habitação. Atendem apenas ao mínimo necessário para a pessoa poder viver, como a comida, a bebida, os remédios, a roupa, a “casa para morar, a cama para dormir” conforme ensina Lourenço Mário Prunes.⁹¹

Os alimentos *civis* ou *côngruos* visam a uma melhoria da qualidade de vida; destinam-se a suprir faltas que não se referem a necessidades básicas, como esporte, viagens, passeios. Atendem a necessidades culturais e intelectuais, provendo a recreação, o lazer, necessidades pessoais não vitais, e por isso são denominados de *necessarium personae* (necessários à pessoa).

Dessa forma, os alimentos, apenas *naturais*, podem ser satisfeitos com valores menores, ao passo que os alimentos *civis*, nos quais outros fatores são acrescentados para o seu “quantum”, representam valores maiores. Os naturais correspondem ao *menos*; os *civis* correspondem ao *mais*, pois compreendem além do “essencial” o “não essencial”, ou seja, o *indispensável* mais o *dispensável*.

Enquanto os alimentos *naturais* ou *necessários* se referem ao que é absolutamente indispensável à vida de uma pessoa – a alimentação propriamente dita, cura, vestuário e habitação –, os alimentos *civis* ou *côngruos* abrangem necessidades não vitais.⁹² Luiz Edson Fachin⁹³ afirma que na exegese estrita da expressão “necessidades vitais” há uma idéia inexata do juízo de necessidade. Pondera que não é possível viver dignamente sem a educação, mesmo que ela não seja essencial à subsistência. Há necessidades que são vitais para a sobrevivência, mesmo não o sendo do ponto de vista biológico, e por isso devem estar contidas tanto quanto possível na prestação alimentícia.

A alimentação, a cura, o vestuário, a habitação se constituem em alimentos naturais, ou *necessarium vitae*, ao passo que, quando abrangem outras necessidades, sejam intelectuais ou morais, ou recreação, se constituem em

⁹¹ PRUNES, Lourenço Mario. **Ações de alimentos...**, p. 29.

⁹² GOMES, Orlando. **Direito de família...**, p. 427.

⁹³ FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do...**, p. 269.

alimentos civis, ou *necessarium personae*.⁹⁴ Pontes de Miranda afirmava que essa distinção existia no direito antigo, quando os alimentos legítimos eram devidos sob a forma de “civis”, porém quando devidos a outros títulos se limitavam aos “naturais”, distinção, segundo ele, não mais presente no Código Civil. Cahali afirma, com razão, que se equivocou o grande jurista, uma vez que o direito positivo tem se manifestado ainda a respeito de ambas as classificações. As Ordenações já cuidavam dos alimentos naturais e civis, e a jurisprudência não afastou tal distinção.⁹⁵ Ademais, verifica-se que o Código Civil de 2002 traz nítida essa diferença no § 2º do artigo 1.694, e no artigo 1.704, quando trata dos alimentos para o requerente com “culpa”.⁹⁶

Art. 1.694, § 2º. Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.

Art. 1704. Se um dos cônjuges separado judicialmente vier a necessitar de alimentos, será o outro obrigado a prestá-los mediante pensão a ser fixada pelo Juiz, caso não tenha sido declarado culpado na ação de separação judicial.

Parágrafo único: Se o cônjuge declarado culpado vier a necessitar de alimentos, e não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, o outro cônjuge será obrigado a assegurá-los, fixando o Juiz o valor indispensável à sobrevivência.

Quando se trata de fixar alimentos, os critérios a serem utilizados diferem em se tratando de alimentos “naturais” ou “civis”. Há que distinguir de forma mais clara entre os alimentos *naturais* e os *civis*, pois, enquanto para a fixação dos alimentos ditos *naturais* se cuida basicamente da necessidade vital, da *sobrevivência* de quem pede, para os alimentos *civis* entram em cena outros elementos a serem

⁹⁴ CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos...**, p. 18.

⁹⁵ CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos...**, p. 19.

⁹⁶ Embora doutrina e jurisprudência tenham empreendido árdua luta para banir do ordenamento jurídico brasileiro a “culpa”, principalmente na separação judicial, ela foi mantida no § 2º do artigo 1.694.

considerados, quais sejam “haveres e qualidades das pessoas”, nos dizeres de Lafayette.⁹⁷

[...] naturais, diz o mestre, são os estritamente necessários para a manutenção da vida; civis os que são taxados segundo os haveres e a qualidade das pessoas. Os alimentos agora pleiteados pela autora inserem-se entre os civis, pois o que ela deseja é dispor de suficiente provisão em dinheiro para gastos pessoais ou seus alfinetes, como então se dizia, segundo a posição que ocupa na sociedade. Passeios e diversões incluem-se ainda entre as mais exigentes necessidades da vida atual.

O direito italiano é bastante explícito tanto em sua parte legal quanto na jurisprudência, no sentido de minorar a obrigação alimentar entre parentes, limitando-os ao mínimo necessário, ou seja, aos alimentos tão somente “naturais”. Assim, dispõe o artigo 439 do Código Civil italiano sobre alimentos entre irmãos, de forma que os alimentos entre irmãos serão devidos na medida do estritamente necessário, fazendo ressalva a favor de educação e instrução somente quando se trata de alimentante menor de idade⁹⁸.

A jurisprudência da corte italiana não hesita em ressaltar que o nível de vida a determinar a medida da contribuição deve ser o do pai, e não do avô, e que os avós, sejam paternos ou maternos, somente contribuirão depois de prover a suas próprias necessidades, destinando aos netos o que não lhes seja (aos avós) necessário.⁹⁹

⁹⁷ CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos...**, p. 19. CAHALI exemplifica com jurisprudência que cita Lafayette: 9TJSP, 3ª C.Cível, 29.03.1979, RJTJSP 57/41).

⁹⁸ Art. 439. “Misura degli alimenti tra fratelli e sorelle. – Tra fratelli e sorelle gli alimenti sono dovuti nella misura dello stretto necessario. Possono comprendere anche le spese per l'educazione e l'istruzione, se si tratta di persona minore dei diciotto anni.” ITALIA, Código. **Codice Civile e leggi complementari**. 10.ed. Padova: CEDAM, 1971.

⁹⁹ “Il livello di vita sul quale determinare la misura del mantenimento era collegato a quello dei genitori, e i nonni, sia paterni che materni, sussidiariamente, erano tenuti a corrispondere il contributo, solo se con le loro sostnze potevano soddisfare le loro esigenze, destinando quanto a loro non necessario ai nipoti.” (La corte Suprema de Cassazione, Cassazione civile, sez, I, 21 marzo 2003, nº 4144, ricorso 7772) . Disponível em: <www.iuritalia.it/cciville/CC>. Acesso em: 11 out. 2009.

O Código Civil italiano prevê a obrigação alimentar distinta entre *alimenti* (alimentos) e *mantenimenti* (manutenção). A doutrina amplia a denominação, quando atribui à lei do divórcio e à reforma do direito de família a substituição da dicotomia *alimenti-mantenimenti* por *alimenti-mantenimenti-altricontributivi* (outras contribuições), entendendo-se nessa última todas as formas de assistência familiar que se distinguem das outras.¹⁰⁰

Ensina Vicenzi Amato que sob a ótica tradicional os *alimenti* se distinguem dos *mantenimenti* quando a prestação devida é de conteúdo mais amplo, que não se limita às necessidades vitais, mas, sim, a tudo que a pessoa possa almejar para uma qualidade de vida ao nível de sua família original. Por consequência, prescinde do exame da necessidade do sujeito, e também da avaliação de sua situação econômica. Mesmo assim, deve-se levar em conta não apenas a falta dos alimentos, mas se essa falta não decorre de culpa do necessitado.¹⁰¹

Perlingieri esclarece que os *alimenti* se referem ao que é proporcionado, enquanto as partes envolvidas estão mantendo convivência: seria a obrigação de assistência material decorrente da convivência familiar; quando o aporte econômico é propiciado fora do convívio familiar, denomina-se *mantenimenti*¹⁰².

Quanto à sua causa jurídica, a obrigação alimentar decorre da lei, da vontade, ou de resultado danoso do ato ilícito – o delito.

Da lei se origina a obrigação alimentar entre parentes, entre companheiros (decorrente da união estável) ou entre cônjuges (decorrentes do casamento).

Da vontade, resultam os alimentos provenientes de contrato ou disposição de última vontade-testamento.

¹⁰⁰ AMATO, Vicenzi. Gli alimenti. In: RESCIGNO, Pietro. **Trattato di diritto privato**. 2. ed. Torino: Utet, 1999. v. 3, p. 894.

¹⁰¹ AMATO, Vicenzi. Gli alimenti. In: RESCIGNO, Pietro. **Trattato di diritto privato**. 2. ed. Torino: Utet, 1999. v. 3, p. 894/895.

¹⁰² PERLINGIERI, Pietro. **Manuale di diritto civile**. Napoli: Edizione Scientifiche italiane. 2005, p. 803.

Os alimentos como decorrência de ato ilícito representam uma indenização do dano sob a ótica alimentar¹⁰³, constituindo-se em uma espécie diversa de alimentos, não sujeita às mesmas regras daqueles originados das relações de parentalidade, parentesco, casamento ou união estável – e por tal motivo não serão objeto de análise.

A lei é causa jurídica preexistente. Em um único artigo, o Código Civil contempla os direitos alimentares decorrentes da parentalidade – relativa aos filhos menores –, do parentesco, do casamento e da união estável.

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.

A doutrina tradicional apresentava a obrigação alimentar decorrente de leis protetivas do *jus sanguinis* – parentesco – e do *jus matrimonii* – casamento, sem contemplar a união estável. Estenderam-se por analogia os benefícios alimentares previstos no *jus matrimonii* também aos decorrentes da união estável, mas somente a partir da Carta Constitucional de 1988, que recepcionou a união estável como entidade familiar. Posteriormente, duas leis trataram da união estável: a Lei n.º 8.971/94, que regulou o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão, e a Lei n.º 9278/96, que regulou o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.¹⁰⁴

No Código de 1916 já constava o auxílio recíproco dentre os deveres do casamento, bem como o sustento dos filhos¹⁰⁵, agora expressos no artigo 1.566, de

¹⁰³ Art. 948 CC “No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações: [...] II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

¹⁰⁴ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 3º. Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

¹⁰⁵ Art. 231 do Código Civil de 1.916: “São deveres de ambos os cônjuges: I - fidelidade recíproca; II - vida em comum, no domicílio conjugal (art. 233, IV, e 234); III mútua assistência; IV sustento, guarda e educação dos filhos.”

forma idêntica¹⁰⁶. O art. 19 da Lei n.º 6.515/77 (Lei do Divórcio) já estabelecia que o cônjuge responsável pela separação judicial prestaria ao outro, se dela necessitasse, a pensão a ser fixada pelo juiz. Com relação à União Estável, o artigo 1º da Lei n.º 8.971/94,¹⁰⁷ e os artigos 2º e 7º da Lei n.º 9.278/96¹⁰⁸ já regulavam, antes do Código Civil de 2002, o direito a alimentos entre companheiros, colocando a nova entidade familiar recepcionada constitucionalmente no mesmo patamar do casamento, no que toca à obrigação alimentar.

O parentesco em linha reta obriga os ascendentes e descendentes à assistência alimentar, ilimitadamente, sendo que primeiramente devem ser chamados à responsabilidade os mais próximos em grau. Assim, se uma pessoa necessita de alimentos, tendo pai e avô, deve primeiramente demandar o pai, e posteriormente o avô. A jurisprudência tem acolhido acionar pai e avô em um mesmo processo, e excepcionalmente demandas diretamente contra os avós¹⁰⁹, mas atendendo ao disposto no artigo 1.696 do Código Civil, o entendimento é de que deve primeiramente ser ajuizada demanda contra o pai,¹¹⁰ para somente, em sua impossibilidade¹¹¹, serem demandados os avós.¹¹²

¹⁰⁶ Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: [...] III - mútua assistência; IV – sustento, guarda e educação dos filhos.

¹⁰⁷ BRASIL. Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8971.htm>. Acesso em: 11 out. 2009. Art. 1º: "A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de 5 (cinco) anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade."

¹⁰⁸ BRASIL. Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9278.htm>. Acesso em: 11 out. 2009. Art. 2º "São direitos e deveres iguais dos conviventes: I - respeito e consideração mútuos; II - assistência moral e material recíproca; III - guarda, sustento e educação dos filhos comuns. . [...] Art. 7º "Dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta Lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos."

¹⁰⁹ AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIMENTOS. OBRIGAÇÃO AVOENGA. MANUTENÇÃO. Não é preciso esgotar todas as possibilidades de obter recursos do pai antes de ajuizar pedido de alimentos contra os avós. A impossibilidade do genitor pode ser comprovada ao longo da instrução. A fixação de alimentos provisórios em desfavor dos avós requer verossimilhança, que está presente no caso dos autos. NEGARAM PROVIMENTO ao agravo. AI Nº 70012910402, 8ª CC TJRS, Rel. Des. Rui Portanova, julg. 23/02/2006).

¹¹⁰ STJ. CIVIL. AÇÃO DE ALIMENTOS. AVÓS. RESPONSABILIDADE. I - A responsabilidade de os avós pagarem pensão alimentícia aos netos decorre da incapacidade de o pai cumprir com sua obrigação. Assim, é inviável a ação de alimentos ajuizada diretamente contra os avós paternos, sem comprovação de que o devedor originário esteja impossibilitado de cumprir com o seu dever. Por isso, a constrição imposta aos pacientes, no caso, se mostra ilegal. II - Ordem de 'habeas corpus'

Art. 1.696 do Código Civil: “O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.”

O artigo 1.566, inc. IV, do Código Civil estabelece a obrigação alimentar dos pais com relação aos filhos, da mesma forma que vinha determinado no artigo 20 da Lei do Divórcio.¹¹³

Art. 1.566, inc. IV, do Código Civil: “São deveres de ambos os cônjuges: [...] sustento, guarda e educação dos filhos.”

A Lei n.º 8.646, de 20.4.93, dispõe, por sua vez, sobre o dever de alimentos dos filhos para com os pais velhos, carentes ou enfermos. Embora o texto revele a preocupação e cuidado do legislador com o crescente número de pessoas idosas em nosso país, a lei de fato se constitui em um *bis in idem*, visto que o Artigo 397 do Código Civil de 1.916¹¹⁴, anterior a essa lei, já previa a obrigação alimentar entre os

concedida. HC 38314 / MS 2004/0131543-9 Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO TERCEIRA TURMA julgo. 22/02/2005.

¹¹¹ Nº 70025516816 8ª CC DES. ALZIR FELIPPE SCHMITZ, Relator. Ademais, apesar da idade do adolescente recorrido, tem ele pai e mãe. Em relação ao pai, não se esgotaram as diligências no sentido da sua localização. Também não está comprovado nos autos se nenhum dos outros parentes pode contribuir com o cumprimento da obrigação. De qualquer forma, não parece razoável impor à avó paterna o cumprimento do valor, ainda que meramente simbólico. [...] Destaco, ainda, que não restou amplamente comprovado o esgotamento das tentativas de localização do pai, que, evidentemente, é o responsável pelo sustento dos filhos.

¹¹² AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DE FAMÍLIA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. AÇÃO DE ALIMENTOS. PEDIDO CONTRA A AVÓ. POSSIBILIDADE. INCAPACIDADE FINANCEIRA DOS PAIS. INVERSÃO DE ENTENDIMENTO. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ. 2. Esta Corte Superior de Justiça já consolidou o entendimento de que a responsabilidade dos avós, na prestação de alimentos, é sucessiva e complementar a dos pais, devendo ser demonstrado, à primeira, que estes não possuem meios de suprir, satisfatoriamente, a necessidade dos alimentandos. STJ Agravo Regimental no Agravo 1010387 / SC AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2008/0025400-3 Relator(a) Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS) (8155) T3 - TERCEIRA TURMA julg. 23/06/2009.

¹¹³ BRASIL. Lei n.º 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6515.htm>. Acesso em: 11 out. 2009. Art. 20: Para manutenção dos filhos, os cônjuges, separados judicialmente, contribuirão na proporção de seus recursos.

¹¹⁴ Art. 396 do Código Civil de 1916 (mantido *ipsis literis* no artigo 1.696 do Código Civil de 2002): “O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.”

parentes em linha reta, o que abrangia, por conseguinte, a obrigação dos filhos para com os pais.

No sistema jurídico brasileiro não há obrigação alimentar decorrente da afinidade.

Quanto à obrigação alimentar dos parentes em linha colateral, o artigo 1.697 do Código Civil limita a obrigação ao segundo grau, ou seja, entre irmãos, sejam germanos ou unilaterais. Dessa forma, resta inviabilizada a pretensão alimentar de sobrinho relativamente a tio.¹¹⁵

Art. 1.697 do Código Civil: “Na falta de ascendentes, cabe a obrigação aos descendentes, guardada a ordem de sucessão e, faltando este, aos irmãos, assim germanos, como unilaterais.”

¹¹⁵ Direito civil. Família. Recurso especial. Ação de alimentos ajuizada pelos sobrinhos menores, representados pela mãe, em face das tias idosas. - Conforme se extrai da descrição dos fatos conferida pelo Tribunal de origem, que não pode ser modificada em sede de recurso especial, o pai sempre enfrentou problemas com alcoolismo, mostrando-se agressivo com a mulher e incapaz de fazer frente às despesas com a família, o que despertou nas tias o sentimento de auxiliar no sustento dos sobrinhos. Quanto à mãe, consta apenas que é do lar e, até então, não trabalhava. - Se as tias paternas, pessoas idosas, sensibilizadas com a situação dos sobrinhos, buscaram alcançar, de alguma forma, condições melhores para sustento da família, mesmo depois da separação do casal, tal ato de caridade, de solidariedade humana, não deve ser transmutado em obrigação decorrente de vínculo familiar, notadamente em se tratando de alimentos decorrentes de parentesco, quando a interpretação majoritária da lei, tem sido no sentido de que tios não devem ser compelidos a prestar alimentos aos sobrinhos. - A manutenção do entendimento firmado, neste Tribunal, que nega o pedido de alimentos formulado contra tios deve, a princípio, permanecer, considerada a cautela que não pode deixar jamais de acompanhar o Juiz em decisões como a dos autos, porquanto os processos circunscritos ao âmbito do Direito de Família batem às portas do Judiciário povoados de singularidades, de matizes irrepetíveis, que absorvem o Julgador de tal forma, a ponto de uma jurisprudência formada em sentido equivocado ter o condão de afetar de forma indelével um sem número de causas similares com particularidades diversas, cujos desdobramentos poderão inculcar nas almas envolvidas cicatrizes irremediáveis. - Condição peculiar reveste este processo ao tratar de crianças e adolescentes de um lado e, de outro, de pessoas idosas, duas categorias tuteladas pelos respectivos estatutos protetivos – Estatuto da Criança e do Adolescente, e Estatuto do Idoso, ambos concebidos em sintonia com as linhas mestras da Constituição Federal. - Na hipótese em julgamento, o que se verifica ao longo do relato que envolve as partes, é a voluntariedade das tias de prestar alimentos aos sobrinhos, para suprir omissão de quem deveria prestá-los, na acepção de um dever moral, porquanto não previsto em lei. Trata-se, pois, de um ato de caridade, de mera liberalidade, sem direito de ação para sua exigibilidade. - O único efeito que daí decorre, em relação aos sobrinhos, é o de que prestados os alimentos, ainda que no cumprimento de uma obrigação natural nascida de laços de solidariedade, não são eles repetíveis, isto é, não terão as tias qualquer direito de serem ressarcidas das parcelas já pagas. Recurso especial provido. REsp 1032846 / RS, RECURSO ESPECIAL 2007/0197508-7 Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI - TERCEIRA TURMA, STJ julgado. 18/12/2008 Public. DJ. 16/06/2009.

Diversamente dos ordenamentos argentino¹¹⁶ e português, em que os afins têm obrigação alimentar, não prevaleceu o encargo entre afins no Direito Civil brasileiro.

O dever decorrente de lei, entre parentes – *jus sanguinis* – está disciplinado nos artigos 1.696 e 1.697 do Código Civil¹¹⁷: o primeiro diz respeito ao parentesco em linha reta, e o segundo se refere à linha colateral.

O dever de auxílio recíproco entre cônjuges, *jus matrimonii*, está previsto no art. 1.566, inc. III, do Código Civil,¹¹⁸ que trata dos direitos e deveres dos cônjuges. A separação judicial desfaz a sociedade conjugal, mas no Brasil o *vínculo* permanece apesar da separação, somente se extinguindo com o término do casamento (por morte, divórcio ou anulação). Por esse motivo, a pessoa separada judicialmente não pode contrair matrimônio, impedimento que inexistente para quem está divorciado.

Já determinava o artigo 3º da Lei n.º 6.515/77 – Lei do Divórcio – que a separação judicial põe termo aos deveres de coabitação, fidelidade recíproca e ao regime matrimonial de bens, como se o casamento fosse dissolvido. O dispositivo faz menção expressa dos deveres que cessam com a separação, silenciando a respeito da *mútua assistência*, que só cessa com o divórcio, conforme o artigo 24 da mesma lei, que dispõe que o divórcio põe termo ao casamento e aos efeitos civis do matrimônio religioso. Com o advento do Código de 2002, o artigo 1.576 determina que “a separação judicial põe termo aos deveres de coabitação e fidelidade recíproca e ao regime de bens”. Mais uma vez o texto legal cala a respeito da mútua assistência, o que leva à conclusão da permanência da obrigação mesmo após a separação judicial, vindo a cessar somente após a dissolução do casamento válido, conforme artigo 1.571, § 1º, que determina que “o casamento válido só se dissolve

¹¹⁶ Art. 368 CC Argentino. Entre los parientes por afinidad unicamente se deben alimentos aquellos que están vinculados en primer grado.

¹¹⁷ Art. 1.696 do Código Civil: “O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.” Art. 1.697 do Código Civil: “Na falta de ascendentes, cabe a obrigação aos descendentes, guardada a ordem de sucessão e, faltando este, aos irmãos, assim germanos, como unilaterais.”

¹¹⁸ Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: [...] III - mútua assistência.

pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, aplicando-se a presunção estabelecida neste Código quanto ao ausente.”

A *afinidade*, embora esteja inserida no Código Civil, no Livro IV – Do direito de família, Título I – Direito Pessoal, Subtítulo II – Das relações de parentesco, e conste desde logo no Capítulo I *Disposições Gerais*, não se constitui propriamente parentesco *stricto sensu*, pois o parentesco nas linhas reta e colateral está definido nos artigos 1.591 e 1.592 do Código Civil.¹¹⁹ O legislador, sem saber exatamente nem como nem onde inserir a afinidade, determinou no artigo 1.595 que “cada cônjuge ou companheiro é ‘aliado’ (sic!) aos parentes do outro pelo ‘vínculo’ da afinidade”, para, no final, tropeçar no vocábulo “parentesco”, determinando no § 1º do mesmo artigo que “o parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro.” Mas a “afinidade” não se viu contemplada com direito algum no ordenamento jurídico brasileiro, servindo tão somente como impedimento matrimonial quando em linha reta (artigo 1.521, inc. II).

O direito francês recepciona a obrigação alimentar entre certos parentes afins como sogros, genros e noras (CC, art. 206). Cessa a obrigação alimentar, quando desaparece a necessidade, ou quando o alimentador não está mais em condições de cumprir o encargo (CC art. 209). Cessa, também, quando a sogra passa a segundas núpcias, ou quando morre o cônjuge, que produzia a afinidade e os filhos nascidos de sua união com o outro (CC, art. 206).¹²⁰

O direito uruguaio manteve-se nos moldes do código francês, estendendo a obrigação alimentar recíproca entre os parentes afins em primeiro grau e também chamando os irmãos ao cumprimento desse dever (arts. 116-126)¹²¹.

No ordenamento jurídico argentino, o afim é sujeito de direito a alimentos. (CC, arts. 367-368)¹²².

¹¹⁹ Art. 1.591: “São parentes, em linha reta, as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes.” Art. 1.592: “São parentes, em linha colateral, ou transversal, até o quarto grau, as pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem umas das outras.”

¹²⁰ FRANÇA, Código. **Code Civil**. 106.ed. Paris: Dalloz, 2007.

¹²¹ URUGUAI, Código. **Código Civil Uruguay**. 1995. Disponível em: <<http://www.iberred.org/assets/Uploads/Cdigo-Civil-Uruguay.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2009.

No direito italiano, a obrigação alimentar é determinada, pela ordem, aos cônjuges, aos filhos e em sua falta aos descendentes próximos, aos pais e em sua falta aos ascendentes próximos, aos genros e noras, aos sogros e sogras, aos irmãos e irmãs germanos e unilaterais, com precedência dos germanos sobre os unilaterais (art. 433)¹²³.

Apesar de estar inserida no capítulo do parentesco, a afinidade é uma relação de vínculo não contemplada pela lei brasileira com o direito alimentar, guardando, nesse aspecto, semelhança com o que ocorre entre primos – parentes em quarto grau na linha colateral – e entre tios e sobrinhos – parentes em terceiro grau na linha colateral –, que, mesmo sendo considerados “parentes”¹²⁴, também estão excluídos do direito a alimentos disposto no artigo 1.697 do Código Civil, que concede o direito a alimentos aos parentes, mas o restringe aos colaterais do segundo grau (irmãos).

O casamento e a união estável implicam obrigações de auxílio recíproco entre o casal, mas não entre a mulher e a família de seu ex-marido/companheiro, ou o ex-marido/companheiro e a família da mulher. Não há previsão legal no direito brasileiro para alimentos entre afins. A disposição do artigo 1696 do Código Civil,¹²⁵ que possibilita o pedido de alimentos entre parentes em linha reta ascendente não é extensivo a afins.¹²⁶

¹²² ARGENTINA, Código. HIGHTON, Elena I. (Coord.); BUERES, Alberto J. (Dir.). **Código Civil y normas complementarias**: análisis doctrinal y jurisprudencial, artículos 159/494, familia. 1. ed. Buenos Aires: Hamurabi, 2007. O direito argentino reconhece a obrigação alimentar recíproca entre afins em primeiro grau, de acordo com o artigo 368 do Código Civil argentino. Sogros e sogras, genros e noras, padrastos e madrastas relativamente aos enteados. Código Civil argentino. Art. 368. “Entre los parientes por afinidad únicamente se deben alimentos aquéllos que están vinculados em primer grado.”

¹²³ ITALIA, Código. **Codice Civile spiegato articolo per articolo**. Napoli: Esse Libri, 2006.

¹²⁴ O art. 1.592 Código Civil estende o parentesco até o quarto grau na linha colateral.

¹²⁵ Art. 1.696 do Código Civil: “O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.”

¹²⁶ “Não há dever de alimentos entre os parentes por afinidade, como, por exemplo, entre o sogro e a nora (STJ, 3ª T., RMS 957-0/BA, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, ac. 09.08.1993, DJU 23.08.1993, p. 16.575). A afinidade é regulada pelo Código mais como causa de restrições do que como fonte de direitos (impedimento matrimonial: art. 183, II)”. GOMES, Orlando. **Direito de família...**, p. 427.

Não apenas não há na lei brasileira qualquer obrigação de alimentos decorrente do parentesco por afinidade, como também sua menção em todos os artigos do Código Civil é para estabelecer limites e abstenções. Seu registro não é para conceder direitos, mas para determinar proibições, como proibir o casamento de afim em linha reta, permanecendo a proibição mesmo depois do término do matrimônio. Cessa a causa, mas não cessa o efeito, conforme o § 2º do artigo 1.595 do Código Civil,¹²⁷ que determina que a afinidade, na linha reta, não se extingue nem com a dissolução do casamento ou união estável que a originou.

Com base numa falsa crença de obrigação resultante da afinidade, há mulheres que na separação desconsideram a situação pessoal do marido, acreditando que, sendo os sogros ricos, têm elas direito ao mesmo padrão econômico dos sogros, e às benesses que o dinheiro deles proporciona ao filho deles – ex-marido ou ex-companheiro –, pretendendo para si uma extensão desses benefícios. Na verdade, estão a pleitear alimentos aos sogros, e não ao marido. E muitas vezes utilizam o filho como instrumento processual para que elas, as mães dos netos, recebam alimentos dos sogros.¹²⁸

Nessas ocasiões ocorre equívoco no estabelecimento do polo passivo. Há mulheres – principalmente – que confundem a situação do ex-marido com a situação dos pais do ex-marido. Na separação, lutam para manter igual padrão de vida dos pais do ex-marido, e não do ex-marido, mesmo que ele não tenha adquirido bens, mesmo que ele viva à sombra dos pais e sob sua dependência econômica. Entusiasmaram-se com a fortuna da família do marido, e não conseguem dissociar o

¹²⁷ Art. 1.595 [...] § 2º Na linha reta, a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável.

¹²⁸ ALIMENTOS. OBRIGAÇÃO AVOENGA. PRESTAÇÃO *IN NATURA*. 1. A obrigação de sustento dos filhos é primordialmente dos pais, estendendo-se aos avós apenas na ausência ou falta da condição dos mesmos. Sendo os pais jovens, capazes e aptos ao trabalho, devem atender as necessidades da prole no padrão de vida que puderem. 2. Se a genitora vive momentaneamente situação de desemprego, cabe-lhe buscar o mercado de trabalho, sendo inaceitável que busque desfrutar da pensão das filhas por osmose. 3. Considerando que os avós já estão assegurando a moradia, devem permanecer com tal encargo, pois não restou demonstrada qualquer alteração nas suas condições e nada evidencia a impossibilidade de permanecerem com tal encargo, que constitui prestação alimentar *in natura*. Recurso provido em parte, por maioria. Ac nº 70005 523345. 7ª CC TJRS, rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves.

ex-marido da família dele. Os sogros é que são ricos. O ex-marido, não.¹²⁹ O casamento, muitas vezes, é realizado tendo em vista a família do cônjuge, a riqueza do clã do marido. No entanto os sogros não têm qualquer responsabilidade para com a nora. Finda a união, a pretensão alimentária da mulher e dos filhos deve ser direcionada ao ex-marido e pai de seus filhos, tendo em conta a real situação do ex-marido e pai dos filhos, dos ganhos dele. Com base na situação econômica do ex-marido ou ex-companheiro, – e não da família dele¹³⁰ – é que deverão ser fixados os alimentos: para a mulher, somente enquanto tramita o processo de separação judicial (alimentos provisionais), ou durante um tempo razoável necessário para ela se inserir no mercado de trabalho – a não ser que seja idosa demais para trabalhar ou tão doente que não possa fazê-lo; e para o filho do casal separado, alimentos de acordo com o nível de vida do pai, e não dos avós.

Nessa linha, julgamento no TJRS, que resultou na ementa: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. BLOQUEIO DE 50% DOS DEPÓSITOS BANCÁRIOS, PROIBIÇÃO DE TRANSFERÊNCIA DE DIREITOS DO AGRAVANTE NAS SOCIEDADES PARA TERCEIROS, E ALIMENTOS”¹³¹. Ponderou ainda o Relator

¹²⁹ Alerta-se para situações diferenciadas: não confundir a pretensão da mulher separada à fortuna dos sogros, quando o marido realmente não mantém o mesmo padrão de vida dos pais, com o artifício utilizado por muitos homens para não pensionar as mulheres ou os filhos. Nesse último caso, o homem é sócio da empresa paterna, pode ser o mentor intelectual da empresa, mas recebe uma irrisória e fictícia importância a título de “pro labore”, ou apresenta uma carteira profissional assinada como empregado da empresa, salário baixo, com o visível intuito de burlar qualquer pretensão alimentária ou patrimonial da esposa. Por vezes, inclusive os bens adquiridos na constância do casamento são registrados em nome “da empresa”.

¹³⁰ ALIMENTOS. OBRIGAÇÃO AVOENGA. INOCORRÊNCIA DE SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. 1. Cabe aos genitores prover o sustento da prole, que deve manter padrão de vida que os pais lhe puderem proporcionar e não os avós. 2. Somente se justifica o pedido de alimentos contra os avós em situação excepcional, isto é, quando nem o pai nem a mãe possuem condições de atender às necessidades do filho, o que não é o caso dos autos. 3. Se o pai trabalha, possui rendimentos, foi obrigado a dar pensão e está cumprindo com a obrigação e se a mãe também trabalha, cabe a eles a obrigação de prover o sustento do filho. 4. Sendo a ação promovida também contra os avós paternos, cabível o chamamento também dos avós maternos para integrarem a lide consoante prevê, expressamente, o art. 1698 do CCB. Recurso provido, por maioria. AI Nº 70 014 791 883. Sétima Câmara Cível Rel. DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES.

¹³¹ “Mostra-se cautelosa a medida de bloqueio da metade dos depósitos bancários do agravante, bem como a proibição de transferência de suas quotas societárias a terceiros, visando a preservar eventual meação da agravada, eis que casados sob o regime da comunhão parcial de bens. No entanto, demasiado elevado o valor correspondente a 60 salários mínimos fixados a título de alimentos provisionais. Pertencer a família tradicional e abastada não significa ser detentor de patrimônio próprio, questão a ser apurada na instrução do feito. Alimentos reduzidos para 20 salários mínimos. Agravo parcialmente provido.” (AI nº 70 000 133 025, 7ª Câm. Cív. Do TJRS, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, julg. 20-10-99).

que a agravada se casou com o marido, e não com a família do marido. Assim, se ela se casou com um rapaz pertencente à família rica, que é sustentado pelos pais, o dever de sustento dos pais – ou simples vontade de ajudar o filho – não se estende à nora.¹³²

Não há respaldo legal para que a mulher, na separação, vise a alimentos que o marido poderia lhe fornecer se fosse titular da fortuna de seus pais. A fortuna dos pais somente será distribuída aos seus herdeiros quando aqueles vierem a falecer.¹³³

Embora a afinidade não gere obrigação de alimentar, Orlando Gomes, em evidente equívoco, registrou que:

Além de impedir o matrimônio, produz a afinidade outros efeitos, dentre os quais sobressaem a obrigação recíproca de alimentos e o direito de promover a interdição. Restrições têm, entretanto, sido admitidas, como, por exemplo, a de que os alimentos não se devem após a morte do cônjuge que é causa da afinidade e as segundas núpcias da sogra.¹³⁴

Tanto está equivocada a observação do conceituado jurista que na mesma obra, logo em seguida, transcreve decisão jurisprudencial no sentido diverso do que pouco antes afirmara:

Não há dever de alimentos entre os parentes por afinidade, como, por exemplo, entre o sogro e a nora (STJ, 3ª T., RMS 957-0/BA, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, ac. 09.08.1993, DJU 23.08.1993, p. 16.575). A

¹³² “A obrigação alimentar decorre da lei, não se podendo ampliar a pessoas por ela não contempladas. Inexiste esse dever em relação à nora.” (STJ, 3ª T., RMS n.º 957-0/BA, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, AC, 09.08.1993, DJU 23.08.1993, p. 16.575).

¹³³ Ver art. 1572 do Código Civil: “Aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança transmitem-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.”

¹³⁴ GOMES, Orlando. **Direito de família...**, p. 320.

afinidade é regulada pelo Código mais como causa de restrições do que como fonte de direitos (impedimento matrimonial: art. 183, II).¹³⁵

Como o vínculo da afinidade só gera efeitos restritivos, conclui-se que a afinidade existe somente para afastar o afim da pretensão a determinados direitos, e proibi-lo da prática de certos atos.

No entanto, mesmo os afins podem receber alimentos, não em decorrência da lei, mas por meio de constituição voluntária, recebendo a denominação de atos voluntários, que decorrem de declaração de vontade *inter vivos* ou *causa mortis*. Os primeiros se constituem em decorrência de contrato, e os outros em decorrência da morte de pessoa que deixou testamento com disposição alimentária. A intenção de propiciar meios de subsistência a outrem, seja ou não parente, seja ou não contemplado como beneficiário legal, poderá se concretizar sob a forma de constituição de renda, constituição de usufruto ou constituição de capital vinculado.

Os legados de alimentos estão disciplinados no Código Civil, no capítulo das disposições testamentárias.¹³⁶

Conforme Orlando Gomes,¹³⁷ é lícito criar mediante negócio jurídico bilateral a obrigação de prestar alimentos, podendo a obrigação ser o objeto principal do contrato ou resultar de exigência legal quanto ao comportamento superveniente de uma das partes em relação à outra. No entanto, apesar de o conteúdo dessas obrigações ser substancialmente idêntico àquele que tem seu fato gerador na existência de vínculo de família, não se disciplinam pelas mesmas regras em todos os aspectos que distinguem tal relação jurídica. Convém destacar a obrigação de alimentos imposta pela lei por efeito do casamento ou parentesco no interesse de melhor defini-la, tanto mais quanto vários códigos a regulam separada e sistematicamente no livro dos direitos de família.

¹³⁵ GOMES, Orlando. **Direito de família...**, p. 320.

¹³⁶ Código Civil, artigos 1.687, 1.690, 1.691, 1.694, e 1.696, parágrafo único.

¹³⁷ GOMES, Orlando. **Direito de família...**, p. 427/428.

Art. 1920, CC: “O legado de alimentos abrange o sustento, a cura, o vestuário e a casa, enquanto o legatário viver, além da educação, se ele for menor.”

O legado de alimentos ou transmissão de bens e meios para o sustento de uma pessoa se constitui em prestações periódicas que serão entregues ao legatário para que ele tenha com o que viver.¹³⁸ Em regra, o testador, em vida, já prestava auxílio ao favorecido, o que justifica a previsão de continuar esse sustento após a sua morte. Rendas ou alimentos podem constituir o legado de alimentos, separando-se determinado capital do monte para tal fim, ou se constituindo o legado de alimentos com base nos juros do capital deixado pelo *de cujus*, dependendo da vontade do testador. Poderá dispor o testador que os alimentos sejam por determinado período ou por toda a vida do alimentado. No entanto deverão ser preenchidos alguns requisitos, tais como existência de rendimentos que produzam os bens, ou quantias depositadas em estabelecimentos bancários que produzam rendimentos, ou investimentos em títulos e ações. Por certo, somente com base nos bens deixados pelo falecido é que serão alcançados esses alimentos.

Os alimentos decorrentes da vontade do testador independem do vínculo de parentesco entre o alimentante e o alimentado, visto se tratar de liberalidade do alimentante. Por esse motivo, os alimentos *jure testamenti* (decorrentes de testamento) não se confundem com os alimentos propriamente ditos, que pertencem ao ramo do Direito de Família, e recebem tratamento diferenciado.

Os alimentos, quanto à sua *finalidade*, podem ser provisionais ou regulares. *Provisionais* são aqueles que se destinam à manutenção do cônjuge em processo de separação, e está previsto no art. 1.706 do Código Civil. Não visam a uma situação definitiva, mas somente enquanto durar a tramitação do processo. Nisso se distinguem dos *regulares*, que são, em si, o objeto do pedido numa ação em que a parte visa, na sentença, a uma condenação a alimentos. Os alimentos regulares, se concedidos *initio litis*, são denominados de “provisionais”, contemplados no art. 4º da Lei dos Alimentos, e destinados à provisão do alimentado, enquanto aguarda a sentença final. Essa sentença esperada poderá modificar o *quantum* dos provisórios

¹³⁸ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**: Lei nº 10.406, de 10/01/2002. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 393.

fixados para mais ou para menos, mas o elemento diferenciador dos “provisionais” é que os “provisórios” visam a uma continuação após a sentença, em valores menores ou maiores. Sob o aspecto formal, pode-se afirmar que os alimentos pretendidos em decisão final são *periódico-finais*.

Relativamente à *modalidade*, os alimentos podem ser alcançados da forma *própria* – o que é diretamente necessário à manutenção, incluindo-se aqui despesas com a educação do menor – e da forma *imprópria*, que é, geralmente, em dinheiro, podendo também ser alcançado sob outra forma, mas cujo objeto se destina à aquisição dos alimentos para o alimentado. Está previsto no art. 1701, CC.

No que diz com o momento da prestação, os alimentos podem ser *futuros* ou *pretéritos*. Alimentos *futuros* dizem com alimentos vincendos, relativamente aos quais já existe uma decisão judicial, e a partir dela¹³⁹, ou se referem ao direito (em tese) a alimentos, ao passo que alimentos *pretéritos* são anteriores à fixação judicial de alimentos. Diz-se, também, que são pretéritos os alimentos já fixados e inadimplidos.

Identificam-se as seguintes características da obrigação alimentar:¹⁴⁰

a) *Transmissibilidade* da obrigação alimentar aos herdeiros do devedor, prevista no art. 1.700 do Código Civil, que remete ao art. 1.694. Houve radical modificação do Código de 1916, que determinava expressamente a intransmissibilidade da obrigação alimentar, no art. 402; posteriormente, o artigo 23 da Lei do Divórcio dispôs a esse respeito, ocasionando muitas dúvidas em sua interpretação¹⁴¹.

¹³⁹ CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos...**, p. 26.

¹⁴⁰ Elaboração da Autora, com base nos ensinamentos de CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos...**, p. 15 a 27; SANTOS, Eduardo dos. **Direito de família...**, p. 639 a 645; RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões...**, p. 713 a 738.

¹⁴¹ BRASIL. **Lei n.º 6.515**, de 26 de dezembro de 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6515.htm>. Acesso em: 11 out. 2009. Lei do divórcio. Art. 23: “ A obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do art. 1.796 do Código Civil”. Art. 1.796 do Código Civil dd 1916 (que era o Código em vigor em 1977): “A herança responde pelo pagamento das dívidas do falecido [...]”.

b) *Direito personalíssimo* – significa que não pode ser transmitido a outrem. No entanto sofreu modificação com o NCC; continua personalíssimo somente no polo passivo, em face da transmissibilidade da obrigação alimentar preconizada no artigo 1.700 do Código Civil.

c) *Irrenunciabilidade* (ao direito) Art. 1.707, CC. Essa determinação é considerada por muitos doutrinadores como grande equívoco na redação do Código Civil vigente, porquanto se refere tanto ao *jus sanguinis* quanto ao *jus matrimonii*. Na verdade, os alimentos deveriam ser irrenunciáveis somente com relação ao *jus sanguinis*, aos filhos e parentes, pois o casamento e a união estável se constituem em contrato entre seus constituintes.

d) *Incessibilidade* Art. 1.707, CC. Não se pode ceder os alimentos a que se tem direito a terceiros.

e) *Impenhorabilidade* Art. 813, CC e 1.707, CC; art. 649, VII, CPC. Os alimentos não são passíveis de penhora.

f) *Incompensabilidade* – Art. 373, II, CC. Os alimentos são incompensáveis. Não se podem compensar créditos. Se o devedor de alimentos se torna credor do alimentado por outro motivo, como, por exemplo, em um acidente de trânsito com danos, não pode pretender compensar os seus prejuízos cessando o pagamento dos alimentos que deve ao alimentado que lhe ocasionou o dano material.

g) *Intransacionabilidade*: de alimentos futuros; do direito. Os alimentos futuros não podem ser transacionados. Assim, uma mãe que representa o filho não pode fazer acordo de separação em que “negocia” com o pai o direito a alimentos que o filho tem, liberando o pai do encargo futuro em troca de o ex-marido lhe deixar a totalidade dos bens. Já os alimentos devidos e impagos, os pretéritos, esses são passíveis de transação.

h) *Imprescritibilidade*. Art. 23 da Lei dos Alimentos – Lei 5478/68. É o direito que não prescreve, mas não o débito: o débito prescreve em dois anos, em conformidade com o art. 206, § 2º, do Código Civil.

i) Preferencial e indeclinável. O crédito alimentar tem preferência sobre os outros créditos.

j) Irretroatividade. Os alimentos não visam a suprir necessidades pretéritas. O art. 4º da Lei nº 5.478 conforta a tese. Não se pode ingressar com ação de alimentos pedindo efeito retroativo. A obrigação alimentar, embora moral, somente assume caráter legal após a fixação, pelo juiz, ou a homologação de acordo.

k) Irrepetibilidade. Os alimentos são irrepetíveis, ou seja, não podem ser “devolvidos”, uma vez pagos. Tanto a doutrina quanto a jurisprudência são harmoniosos nesse sentido. Existe, no entanto, a possibilidade aventada de buscar de terceiro o prejuízo havido, como no caso de investigatória de paternidade cumulada com alimentos, em que na sentença final o sedizente pai, que pagou alimentos durante o transcorrer do feito, não era o pai, e foi assim declarado por sentença. Nesse caso, quem pagou indevidamente poderá buscar do pai registral, no futuro, a indenização cível.

l) Condicionalidade: Art. 1694, § 1º, CC. Os alimentos são fixados de acordo com a necessidade de quem pede, e a possibilidade de quem alcança.

m) Variabilidade: possibilidade de revisão do *quantum* alimentar, sempre que houver mudança no binômio necessidade-possibilidade, conforme o art. 1.699 do Código Civil.

n) Reciprocidade: Os alimentos são recíprocos entre parentes. De conformidade com o art. 1.696, CC, a reciprocidade é ilimitada na linha reta, e nos termos do art.1.697, CC, é limitada ao 2º grau na linha colateral. Os cônjuges também têm recíproca obrigação alimentar – art. 1.566, inc. III, CC, e art. 1.694 do Código Civil, da mesma forma que os companheiros na união estável: art. 1.694, CC.

o) Periodicidade: Sendo a pensão alcançada de forma imprópria, mediante pagamentos em espécie ou outra forma de bem que vá se transformar em espécie (sacas de soja, gado, etc.), deve sê-lo de forma periódica. O mais comum é mensalmente. Conforme o art. 1.701, parágrafo único, CC, compete ao juiz, se as circunstâncias o exigirem, fixar a *forma* do cumprimento da obrigação.

p) Ausência de solidariedade. A solidariedade não se presume na obrigação alimentar, decorrendo da lei ou da vontade das partes, conforme artigos 264 e 265, CC. Cada um é obrigado conforme suas posses, inexistindo solidariedade para a totalidade do que é necessário. No entanto a disposição do artigo 1.698 suscita dúvidas a respeito, bem como o artigo 12 do Estatuto do Idoso¹⁴² determina exceção.

q) Divisibilidade. Art. 1.698, CC: “serão chamados a concorrer”. Em não sendo obrigação solidária, a princípio, salvo a exceção apontada, é obrigação conjunta; logo, divisível. Antes do Código de 2002, a divisibilidade era entendimento doutrinário dominante, mas foi regrado em sentido diverso no novo código, que determinou a respeito de direito processual – litisconsórcio: *intentada a ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide*. Doutrinadores de peso se posicionam contra esse artigo, tendo à frente Francisco Cahali.

1.1.2 Os sujeitos da prestação alimentar

Na área pertinente ao Direito de Família, a obrigação alimentar decorre da filiação, do parentesco, do casamento ou da união estável – esta última a partir da Lei n.º 8.971/94, complementada pela Lei 9.278/96, posteriormente recepcionada no artigo 1.694 do CC 2002¹⁴³. Não se incluem aqui os alimentos decorrentes da “vontade”, concretizados mediante testamento com o legado de alimentos, previsto no artigo 1.920 do CC¹⁴⁴, ou de mero contrato entre as partes, sem a obrigatoriedade desse artigo, nem dos alimentos prestados em decorrência de ato

¹⁴² Art. 12. A obrigação alimentar é solidária, podendo o idoso optar entre os prestadores.

¹⁴³ 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 as necessidades de sua educação.”

¹⁴⁴ Art. 1.920. “O legado de alimentos abrange o sustento, a cura, o vestuário e a casa, enquanto o legatário viver, além da educação, se ele for menor.”

ilícito, como em acidente com vítimas que devem ser indenizadas – art. 950 do Código Civil, conforme já mencionado,

A doutrina tradicional apresentava a obrigação alimentar decorrente de leis relativas ao *jus sanguinis* – parentesco e filiação, – e do *jus matrimonii* – casamento –, sem contemplar a união estável, pois recente sua inclusão nos benefícios alimentários. Com a recepção constitucional da união estável, estendeu-se, por analogia, o direito a alimentos decorrentes do *jus matrimonii* também às situações de união estável. No ano de 1994, foi sancionada a Lei nº 8.971, e em 1996 a Lei nº 9.278, ambas relativas à União Estável. A matéria era tratada somente em leis esparsas, até que o Código Civil de 2002 recepcionou a entidade familiar constituída pela União Estável.

Disponha o Assento de 09 de abril de 1772¹⁴⁵ sobre a responsabilidade alimentar, determinando que na falta do pai e não tendo o filho bens, a obrigação subsidiária é da mãe; na falta da mãe, a obrigação passa aos ascendentes maternos; na falta destes, aos paternos; na falta dos ascendentes, passa aos descendentes, de conformidade com a ordem sucessória, e na falta dos descendentes, aos irmãos tanto germanos como unilaterais.

Os pais detêm a maior responsabilidade alimentar, pois à sua mercê estão os filhos menores de idade, incapazes civilmente até os dezoito anos de idade, nos termos da lei, mesmo que relativamente capazes – entre os dezesseis e os dezoito anos.¹⁴⁶ “Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores” (Art. 1.630 CC) e a aos pais compete criar e educar os filhos¹⁴⁷. A eles incumbe, pois, o sustento de seus filhos.

¹⁴⁵ Assento, § 1º, 4º e 6º.

¹⁴⁶ Artigos 3º e 4º do Código Civil brasileiro.

¹⁴⁷ Art. 1.634, CC. “Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: I – dirigir-lhes a criação e educação; II – tê-los em sua companhia e guarda; III – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV – nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; V – representá-los, até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VI – reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; VII – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.”

O artigo 1.694 do Código Civil Brasileiro estabelece os agentes da obrigação alimentar, e os artigos subsequentes explicitam a obrigação. Nessa esteira, o artigo 1.696 consagra a reciprocidade da obrigação alimentar, bem como determina que a obrigação se fixe no parente mais próximo, estabelecendo uma ordem gradativa no chamamento à obrigação: “O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta dos outros.”

Inovação marcante do Código Civil de 2002 corre por conta do artigo 1.698, que determinou a *concorrência* dos obrigados alimentários, estabelecendo em um código *material* regras *processuais*, ao instituir o litisconsórcio dos obrigados:

Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide.

Apesar das dúvidas que o novo artigo suscita, o entendimento predominante tem sido no sentido de que a obrigação não é solidária no sentido jurídico, mas divisível, constituindo-se em litisconsórcio passivo facultativo¹⁴⁸.

O que ocorre é que não se encontram suficientemente estabelecidos os limites das obrigações alimentárias, e não se faz o necessário discernimento entre a

¹⁴⁸ ALIMENTOS – PENSÃO ALIMENTÍCIA – VERBA PLEITEADA AO AVÔ – ADMISSIBILIDADE – HIPÓTESE, NO ENTANTO, EM QUE O QUANTUM DEVE SER FIXADO NA PROPORÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO DEMANDADO – COOBRIGADOS NÃO DEMANDADOS QUE TAMBÉM TÊM O DEVER DE CONTRIBUIR PARA A MANUTENÇÃO DAS RECLAMANTES, AS QUAIS SUJEITAM-SE ÀS CONSEQÜÊNCIAS DE SUA OMISSÃO, PELA NÃO INSTAURAÇÃO DO LITISCONSÓRCIO PASSIVO FACULTATIVO. Ementa Oficial: O novo Código Civil pátrio assegura, expressamente, a possibilidade de o pedido de alimentos ser formulado ao avô do pretendente da prestação. Deve-se atender, contudo, para a circunstância de que a pensão deve ser fixada na proporção da responsabilidade do demandado, considerando-se, portanto, que os coobrigados não demandados também têm o dever de contribuir para a manutenção das reclamantes, as quais sujeitam-se às conseqüências de sua omissão, pela não instauração do litisconsórcio passivo facultativo. Ap 1.0313.03.117251-0/001 – Segredo de Justiça – 7.ª Câmara – j. 03.05.2005 – rel. Des. Pinheiro Lago.

obrigação dos pais e a obrigação dos demais parentes, sejam eles ascendentes ou colaterais. Isso ocorre notadamente entre os ascendentes: sendo o autor das ações um neto menor de idade, há uma tendência incontrolada de condenar os avós a uma prestação alimentar como se pais fossem, quando não o são.

De acordo com disposição constitucional, compete também ao Estado a responsabilidade alimentar de seus cidadãos. Tal fato é incontestável.

Quando ao homem colocado em qualquer das circunstâncias aludidas falecem posses, quem deve vir-lhe em auxílio para não deixá-lo sucumbir à míngua? – O Estado? Certo, ao Estado incumbe essa obrigação; mas antes do Estado, que deve proteção a todos os infelizes, a voz da natureza chama os pais e os parentes mais próximos.¹⁴⁹

Independentemente de quem sejam os partícipes da relação alimentária, os elementos balizadores da relação se constituem na necessidade de quem solicita, e na possibilidade de quem os alcança – mas devidamente ponderados, atendendo-se à natureza da obrigação.

1.1.3 O binômio necessidade-possibilidade – característica determinante da obrigação alimentar

Determinava o Assento de 9 de abril de 1772, em seus § 1º e 2º, que os alimentos são devidos quando estão presentes dois requisitos: 1) quando o alimentado não tem bens e está impossibilitado de prover sua própria subsistência

¹⁴⁹ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, p. 327.

com seu trabalho ou indústrias, e 2) quando a pessoa a quem o pedido foi direcionado pode fornecê-los sem prejuízo de seu próprio sustento, especificando em seu § 2º 1 que se aplica “nos casos em que os pais têm com que se alimentem ou apenas têm o preciso e indispensavelmente necessário para a própria alimentação”. Essa linha se destaca nos códigos francês, italiano, chileno e argentino.¹⁵⁰

O Código Civil de 1916 dispunha em seu artigo 400, que “os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.” E o Código de 2002 determina no parágrafo 1º do artigo 1.694 que “os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.”

Aquilar as exatas necessidades de quem requer alimentos se mostra tarefa difícil. Constatar as possibilidades da parte demandada, por sua vez, não encontra os mesmos percalços, pois se mostram nos ganhos da pessoa que está obrigada à prestação alimentar. A situação se torna mais árdua quando o demandado não exerce atividade comprovadamente remunerada, não tem vínculo empregatício, como no caso de profissional autônomo, que geralmente procura esconder seus reais ganhos para não alcançar alimentos a quem está obrigado.

A dificuldade em sopesar as necessidades de quem pede alimentos está no fato de que, além das necessidades vitais, que se constituem em alimentos

¹⁵⁰ Código Civil francês, “Art. 208. Les aliments ne sont accordés que dans la proportion du besoin de celui qui les réclame, et de la fortune de celui qui les doit.” FRANÇA, Código. **Code Civil**. 73.ed. Paris: Dalloz, 1974.

Código Civil italiano. “Art. 143. Doveri reciproci dei coniugi. – Il matrimonio impone ai coniugi l’obbligo reciproco della coabitazione, della fedeltà e dell’assinenza.” ITALIA, Código. **Codice Civile e leggi complementari**. 10.ed. Padova: CEDAM, 1971.

Código Civil chileno. Art. 220. “Aunque la emancipación dé al hijo el derecho de obrar independientemente, queda siempre obligado a cuidar de los padres en su ancianidad, en el estado de demencia, y en todas las circunstancias de la vida en que necesitaren sus auxilios.” CHILE, Código. **Código Civil**. 7 ed. Santiago: Jurídica de Chile, 1977.

Código Civil argentino. Art. 370. “El pariente que pida alimentos, debe probar que le faltan los medios para alimentarse, y que no le es posible adquirirlos con su trabajo, sea cual fuere la causa que lo hubiere reducido a tal estado.” Art. 371. El pariente que prestase o hubiese prestado alimentos voluntariamente o por decisión judicial, no tendrá derecho a pedir a los otros parientes cuota alguna de lo que hubiere dado, aunque los otros parientes se hallen en el mismo grado y condición que el.” ARGENTINA, Código. **Código Civil**. Buenos Aires: Zavallía, 1989.

“naturais”, existem as “civis”, conforme já exposto, que englobam outras necessidades que, mesmo não consideradas indispensáveis à sobrevivência, tornam a vida melhor, mais suave, mais completa, mais agradável, mais digna.

O artigo 1.694 do Código Civil de 2002 igualou as responsabilidades alimentares decorrentes de institutos diversos, como do casamento, união estável, e parentesco *latu sensu*, ao dispor em seu *caput* – como se fossem todas as responsabilidades decorrentes da mesma natureza jurídica – que os parentes, os cônjuges ou os conviventes podem pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver, “de modo compatível com sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.”

Ao determinar como parâmetro o “modo compatível com a sua condição social” se evidencia de pronto equívoco, uma vez que a manutenção do padrão social somente se deve aplicar aos filhos menores de pais separados, quando um dos pais proporcionava um elevado nível de vida ao filho, e o outro, que vai deter a guarda, não tem condições de manter o mesmo padrão social. Então, sim, se justifica a medida, mas não é adequada no caso de cônjuge ou convivente.

A manutenção do padrão de vida é uma obrigação de ordem material e moral, e essa, sim, com previsão legal, decorrente do *poder familiar – patria potestas* – e não decorrência do casamento, nem das relações de parentesco. Essas estão mais ligadas ao espírito de solidariedade do que à obrigação de criar, sustentar, dar estudo, rasgar-se, dilacerar-se em função do outro. Já entre parentes, não existe a obrigação de que um irmão garanta a condição social de outro; nem que um avô proporcione ao neto o padrão de vida que era possível à criança na casa de seus pais.

A “condição social”, não deveria constar dos alimentos decorrentes tanto do poder familiar, como do parentesco, união estável e casamento. Mais próprio seria substituir “condição social” por um padrão “digno” de vida. Mantendo-se a expressão utilizada, corre-se o risco de uma interpretação em que o credor dos alimentos não poderá diminuir o seu padrão de vida, quando, na realidade, a simples divisão matemática de um casal que se separa (duas casas, duas manutenções etc.) muitas vezes não possibilita a manutenção do padrão de vida para aquelas pessoas. Para que

seja mantida a condição social, vários são os aspectos a serem sopesados. Em regra, torna-se impraticável a manutenção do mesmo padrão, tanto mais no casamento ou união estável, embora a quota alimentar deva manter, dentro do possível, o nível sócio-econômico do qual gozava o filho menor de idade quando a família se encontrava unida¹⁵¹.

Outra redação desastrosa se encontra no artigo seguinte do Código Civil, de nº 1.695, quando determina: “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.”

A expressão “sem desfalque do necessário a seu sustento” poderá levar a uma interpretação equivocada de que a pessoa que alcança alimentos deverá fazê-lo até o limite de sua fortuna, ficando apenas com o indispensável para sua sobrevivência, ao passo que quem os recebe, por outro lado, terá garantido seu conforto, sua “condição social”. Aliás, esse entendimento já foi manifestado em decisão do TJRS já no ano de 1986, por ocasião de julgamento em que foi Relator o Ministro Athos Gusmão de Carneiro, que em suas razões assim justificou o voto:

A responsabilidade dos avós não é apenas sucessiva em relação à responsabilidade dos progenitores, mas também é complementar para quando os progenitores não estão em condições financeiras de arcar com a totalidade da pensão de que os descendentes necessitam e que os avós estejam em condições de adequadamente complementar.

[...]

Assim eminentes Colegas, no caso dos autos, em tese, os réus, se lhes for possível sem desfalque do indispensável à própria subsistência, estarão obrigados a complementar a pensão que o pai, acaso, realmente puder pagar aos autores. Impõem-se, pois na ação de alimentos, sua instrução e a sentença de mérito.

¹⁵¹ BELUSCIO, Claudi Alejandro. **Alimentos debidos a los menores de edad**. Buenos Aires: Garcia Alonso, 2007, p. 123.

O julgamento resultou na ementa:

ALIMENTOS – AÇÃO CONTRA AVÓS – PAI EM LUGAR INCERTO E NÃO SABIDO – POSTERIOR COMPARECIMENTO DESTE EM AUDIÊNCIA – OFERECIMENTO PELO GENITOR DE IMPORTÂNCIA INSUFICIENTE PARA SUPRIR AS NECESSIDADES DOS MENORES – OFERTA QUE NÃO EXCLUI A OBRIGAÇÃO DOS PARENTES MAIS REMOTOS – DEMANDADOS QUE TÊM O DEVER DE COMPLEMENTAR A PENSÃO PLEITEADA – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA REPELIDA. EMENTA OFICIAL: ALIMENTOS. PESSOAS OBRIGADAS A PRESTÁ-LOS. ART. 397 DO CC. O parente mais próximo não exclui o mais remoto da obrigação de prestá-los nos casos em que aquele não esteja em condições de, total ou parcialmente, suprir as necessidades do alimentando. Dever de “complementar” a pensão alimentícia. Ap. 585058100 (segredo de justiça) – 1.^a C. – J. 6.5.86 – rel. Des. Athos Gusmão Carneiro.

Observa-se que de acordo com tal entendimento ocorre uma inversão total das posições das partes, pois quem recebe os alimentos vai manter a sua condição social, ao passo que quem alcança fica obrigado a alcançar o máximo suportável, até o limite de lhe restar apenas o mínimo essencial para sua própria sobrevivência. Dessa forma, o alimentante pode ser levado à beira da miséria.

Outro equívoco que se encontra no artigo 1.694 é constar que os alimentos devem ser fornecidos “inclusive para atender às necessidades de sua educação” sem distinguir a quem deve ser garantida a educação, se aos filhos, se aos parentes, se ao ex-cônjuge ou ao ex-companheiro. Na verdade, a educação é obrigação dos pais para seus filhos menores, e essa impropriedade do artigo 1.694 se estendeu a todos os alimentados, incluindo a educação genericamente, sem distinção, suprimindo-se do projeto que dizia respeito aos filhos menores.¹⁵² Em

¹⁵² Anteprojeto do código civil, revisto (1973). Art. 1891. “Podem os parentes ou os cônjuges pedir uns aos outros os alimentos de que necessitam para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação, quando o beneficiário for menor.” BRASIL, Código. Senado Federal. Subsecretaria de Edições Técnicas. **Código Civil**: Anteprojeto. Brasília, DF: SET, 1989. v.5, t.2, p. 407.

outubro de 2008 foi editada a Súmula n. 358/2008¹⁵³, do Superior Tribunal de Justiça, que dispôs a respeito da continuidade da pensão alimentícia ao filho que completa a maioridade, determinando que o cancelamento dos alimentos está sujeito à determinação judicial, na qual se exercitará o contraditório, mesmo que nos próprios autos.

Francisco Cahali não poupa críticas ao Código de 2002 quando trata de alimentos:

[...] em um só subtítulo, entre os artigos 1.694 e 1.710, trata-se promiscuamente dos alimentos, quer tenham eles origem na relação de parentesco, quer sejam conseqüentes do rompimento do casamento ou da convivência. Esta modificação estrutural, sem dúvida, repercute na interpretação das regras e princípios sobre a matéria, indicando venha a prevalecer o tratamento idêntico da pensão, independentemente da origem da obrigação. [...] Em linhas gerais, a polêmica gravita em torno da natureza jurídica da pensão alimentícia devida ao cônjuge (ou convivente) e aquela destinada aos familiares consanguíneos. A primeira tem seu histórico pautado (embora de forma não exclusiva) no caráter indenizatório-punitivo, já a segunda repousa seus princípios genericamente na solidariedade familiar, e, quando destinada aos filhos menores, especificamente no dever de sustento inerente ao poder familiar (já utilizando a nova identificação do pátrio poder).¹⁵⁴

O direito argentino apresenta regimes legais específicos para as diferentes categorias alimentares, conforme ensina Eduardo Fanzolato¹⁵⁵. Assim, de acordo com sua natureza jurídica, os alimentos são regrados para filhos menores, sob o título “de la patria potestas” (art. 265 a 272); entre cônjuges (art. 198, 199 in fine, 207^a 210, 1.306).

¹⁵³ Súmula n. 358/2008 STJ: “O cancelamento de pensão alimentícia de filho que atingiu a maioridade está sujeito à decisão judicial, mediante contraditório, ainda que nos próprios autos”.

¹⁵⁴ CAHALI, Francisco Jose. Dos alimentos. In: DIAS, Maria Berenice Dias (Coord); PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord). **Direito de família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 182.

¹⁵⁵ FANZOLATO, Eduardo Ignacio. *Derecho de Familia*. Tomo I, Editorial Advocatus, Córdoba, Argentina, 2007, Cap. XIV, p. 251.

Alimentos e dever de socorro não se constituem em expressões sinônimas, conforme se verá a seguir.

1.2 Dever de alimentos e dever de socorro

A obrigação de os pais prestarem alimentos aos filhos não cessa, persistindo seja em virtude da menoridade do filho sobre os quais os pais detêm o “poder familiar”, (filho absolutamente incapaz ou relativamente incapaz), seja em decorrência do parentesco, persistindo a obrigação entre ascendentes e descendentes. No entanto as espécies de obrigação, seja num caso, seja no outro, diferem. A obrigação paterno-materna com relação aos filhos menores é muito maior, pois existe para eles o dever de sustento, devendo se sujeitar os pais a sacrifícios para tanto, mesmo em prejuízo de sua própria pessoa.

Dispondo o filho de rendimentos próprios ou bens que lhe possibilitem o próprio sustento, não há necessidade de auxílio econômico por parte dos pais, mesmo em sua menoridade. Uma criança que recebe uma grande herança, por exemplo, não necessita pleitear alimentos, pois tem bens que lhe proporcionam rendas.

Cabe aos pais tanto educar, guardar e instruir os filhos como prover às suas necessidades materiais. Mas, ocorrendo que o menor seja rico, não há como agir dos pais que desfalquem o próprio patrimônio para entregar ao menor, se ele tem recursos próprios. Continuarão com a guarda, instrução e educação do menor, mas disporão dos recursos da criança. [...] Tratando-se de filho maior, os alimentos nascem com a concorrência de todos os pressupostos. Antes, ele há

de procurar o próprio sustento, por meio de seu esforço, para só depois, provando o estado de miserabilidade, acionar os pais.¹⁵⁶

Importante ressaltar que os alimentos visam à manutenção do alimentado, e não a seu enriquecimento.

O direito brasileiro recepcionou a culpa como fator delimitador da obrigação alimentar, que se cinge aos alimentos *necessarium vitae*. Pontes de Miranda ensinava que “ainda que a impossibilidade provenha de caso fortuito ou culpa do alimentário, menor ou maior, os alimentos são devidos”¹⁵⁷.

O Assento de 9.4.1772, que vigorava no Direito português, reflete a situação da época, ao dispor:

Não têm os pais e demais ascendentes tal obrigação quando eles mesmos não possuem o necessário para a sua manutenção, ou apenas têm o indispensável. Assim, o devedor dará o que lhe sobra. [...] o filho de um operário não tem direito de exigir uma situação superior do que poderia ser dada pelo seu pai, como também, o filho de um banqueiro não pode sujeitar-se aos caprichos do pai, quando este lhe queira prestar uma contribuição incompatível com a sua posição social. Os alimentos são proporcionais aos rendimentos do devedor, e não a seu patrimônio, o que indica que ele não deve ser compelido a dispor dele para socorrer o credor. Este se vale de todos os seus bens para o próprio sustento, mas o devedor jamais será obrigado a agir da mesma maneira.¹⁵⁸

Era do devedor a obrigação de demonstrar, em defesa, que não tinha meios para socorrer o reclamante, de acordo com esses princípios. Apenas uma exceção se encontrava para essa regra: no direito suíço. Por força do art. 329, 2, os irmãos e irmãs não serão compelidos a prestar alimentos senão quando em situação

¹⁵⁶ VIANA, Marco Aurélio da Silva. Alguns aspectos da obrigação alimentar. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, v. 67, n. 515, p. 23, 1978.

¹⁵⁷ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**: parte especial, direito de família, direito parental, direito protectivo. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. v.9, p. 218.

¹⁵⁸ VIANA, Marco Aurélio da Silva. Alguns Aspectos da..., p. 24, 1978.

desfavorável: “*Lês frères et soeurs ne peuvent être recherchés que lorsqu’ils vivent dans l’aisance*”.

Diante disso, cabia ao credor provar que o devedor se encontrava em boa situação, ou seja, além da necessidade, o alimentando deveria provar a possibilidade do alimentante, sem deixar de serem considerados seus encargos de família e posição social. Dessa forma, havia três pressupostos para configuração da obrigação alimentar: a) relação de parentesco, nos termos determinados em lei, ou dissolução de sociedade conjugal; b) estado de miserabilidade do credor; c) condições econômico-financeiras do devedor.¹⁵⁹

Se difícil é dimensionar a possibilidade de quem tem a obrigação de prestar alimentos, não menos tortuoso é o caminho para identificar a “necessidade” da pessoa que pede alimentos. Inseridas nas obrigações alimentares de cunho “natural” ou “civil”, existem muitas gradações, e distingui-las adequadamente nas pretensões postas é uma tarefa complexa. Ademais, muitas vezes, as sedizentes “necessidades” se apresentam totalmente “mascaradas”, e outra coisa não são que um desejo de vingança, desforra, ou busca por uma comodidade de quem não pretende prover o seu próprio sustento.

1.2.1 O conceito de necessidade na sua dimensão contemporânea

Conforme dispõe o § 1º do art. 1.694 do Código Civil, os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada. Dessa forma, se estabelece uma das principais características da obrigação alimentar: a *condicionalidade*.

¹⁵⁹ VIANA, Marco Aurélio da Silva. Alguns Aspectos da..., p. 25, 1978.

A *variabilidade*, outra das características da obrigação alimentar, tem seu fundamento legal no artigo 1.699, que determina que, “se fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem recebe os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou agravação do encargo.”

No comum dos casos, o conceito de *necessidade* tem sido auferido tão somente sob a ótica objetiva, ou seja, com caráter extrínseco. Sob esse enfoque, é suficiente comprovar que a pessoa que pede alimentos não os tem. A simples e objetiva constatação da falta dos alimentos leva à lógica conclusão de que quem não os tem deles necessita. A situação é de falta de dinheiro ou bens necessários à manutenção. Dessa forma, não se questiona o *motivo* pelo qual a pessoa que pede (ou o representante legal da pessoa que pede, como no caso de crianças e adolescentes) *não tem*: se não tem porque efetivamente *não pode ter*, ou se não tem porque *não quer buscá-los por si própria*. A pessoa alimentada (ou seu representante legal) prefere receber os alimentos de terceiros a provê-los por si. Assim, a *necessidade*, considerada tão somente em seu sentido denotativo, pode gerar situações de injustiça, encobertando posturas subjetivas de *comodidade* ou *vingança*.

A jurisprudência tem-se mantido fiel aos princípios da *condicionalidade* e da *variabilidade* dos alimentos, no sentido tradicional, ou seja, fazendo um exame extrínseco (objetivo ou denotativo) da situação das partes. A clássica “modificação da fortuna” é o elemento fundamental para a alteração dos alimentos, principalmente quando quem alcança pretende se exonerar ou reduzir. Afirma-se que, se não houve um aumento das despesas do alimentante, ou uma expressa diminuição de sua *fortuna* – assim entendida sua situação econômica e patrimonial –, nem aumento na fortuna de quem está recebendo os alimentos, ou diminuição de seus gastos, não estão presentes os pressupostos para a ação revisional, sendo indeferida a pretensão do alimentante.¹⁶⁰

¹⁶⁰ Nessa linha, decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “Exoneração de alimentos. Descabe desonerar o marido da obrigação assumida quando da separação, de prestar alimentos à cônjuge, se inalterada a situação de qualquer das partes. Recurso desprovido, por maioria 7ª Câmara. Cív. TJRS, Ap.Cív. nº 598 544 260, Rel. Des. Maria Berenice Dias.

Habitualmente, no direito brasileiro, não há indagações a respeito da *causa* da alegada necessidade alimentar. No entanto torna-se necessária uma abordagem do conceito de *necessidade* sob a ótica do direito contemporâneo, considerando-se o aspecto *conotativo* – extrínseco – do conceito, principalmente após as diretrizes de igualdade da Constituição de 1988.

O conceito de “necessidade”, embora vago, é determinável e será composto de acordo com a situação da época, conforme o contexto social e econômico em que se insere a pretensão.¹⁶¹

Cabe indagar os motivos pelos quais é posta uma demanda alimentar. No caso de alimentos contra avós, poderá a representante da criança ou adolescente não pretender exercer atividade remunerada que proporcione o sustento do filho. Ou pode ocorrer que, mesmo o pai não alcançando alimentos, a situação funcional da mãe seja suficiente para a manutenção do filho, mas, mesmo assim, a mãe entende que deve demandar os avós paternos – e aqui se enfatiza que são os *paternos*. Nesses casos, a situação extrapola os limites do Direito, passando ao campo da Psicologia.

Muitas vezes, a mãe que representa o filho em uma ação de alimentos, não está realmente visando aos interesses do filho, demandando em nome dele e efetivamente expondo as necessidades *dele*: vale-se da pessoa do filho como instrumento para deduzir em Juízo as suas próprias necessidades. Outras vezes, constata-se que nem o filho e nem a mãe têm necessidades, e mesmo assim ela insiste, por comodidade, em afirmar que tem: são somente os vínculos afetivos que estão litigando, sem a real preocupação com o melhor interesse da criança. Outras, ainda, são relações anteriores de pai-filho não suficientemente resolvidas que retornam, agora, pelo neto, e vão desembocar no Judiciário.

Afirma Coelho de Souza que os vínculos afetivos entre pais e filhos pautados por entraves afetivos em torno de relações de poder e submissão mal elaboradas,

¹⁶¹ “A complexidade das relações sociais, em geral, e das familiares, em especial, confere novos desafios ao Direito, e de conseqüência, à jurisprudência: os novos conflitos reclamam posturas diferenciadas.” FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio**: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do direito de família brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 56.

reprimidas, antigas frustrações, retornam no processo judicial em torno do neto, elegendo o potencial econômico como linguagem. Sob essa nova forma, procuram dificultar, de maneira arrastada, o trabalho do psicólogo, do advogado e do juiz.

Os embates que se levam ao Judiciário tendo velhos como parte, ou que se refiram à terceira geração, mantêm direta ou indiretamente em seus desencadeantes o perfil áspero, comum às lides de família, onde se insinua os sentimentos orientados para a desvalorização dos progenitores e sua incapacitação, como se encobrissem a queixa em si. Mais precisamente, incluem ainda um conjunto de sentimentos agora reativados ou em ruptura com a acomodação. Nas solicitações de provimento ou nas ações de alimentos para os netos em desfavor dos avós, por exemplo, pode-se pensar dinamicamente que o autor, de forma não-consciente, expresse uma insatisfação para com os antigos cuidados recebidos dos pais para consigo. Retorna simbolicamente a alimentação da criança que foi, ou através dela, a sobrevivência inicial. Está, neste momento, identificado prontamente com seu filho menor e volta agora a reivindicar de forma atribulada.

Aos avós-réus, muitas vezes, também não lhes é possível fazer a transposição entre as gerações, ou seja, mesmo ante as disputas com os filhos, reconhecer as necessidades implícitas, verdadeiras. Na queixa imprecisa do filho adulto, da qual deve se defender, pode simultaneamente estar a necessidade real da criança, a ser provida em nome do afeto ou do desejo de investimento na figura do neto. O melhor interesse da criança previsto na lei, nem sempre nestes casos está priorizado pela família que não consegue também preservá-la da rixa muito anterior à sua existência, mas que renovada, incorre no risco de expô-la pela disputa.¹⁶²

Há que distinguir, também, entre alimentos que decorrem de efetiva “necessidade” e os que significam mera “conveniência”, pois para quem pede, sempre será mais interessante crescer, somar, receber um valor mais elevado.¹⁶³

¹⁶² SOUZA, Ivone Maria Coelho de. Papéis avoengos: uma sobreposição à parentalidade. In: _____. (Coord.) **Parentalidade**: análise psico-jurídica. Curitiba. Juruá, 2009, p. 169-170.

¹⁶³ “Alimentanda maior e capaz que desenvolve atividade laboral. Alimentos, para ela, convenientes, mas não necessários”. (TJRS, 7 C.Cível, 04.06.1997, RJTJRS 183/387).

1.2.2 As formas de obter alimentos e a transpessoalidade na pretensão alimentar – motivações afetivas e econômicas.

Diversas são as formas de obter alimentos. Uma delas é por meio de rendas provenientes de bens particulares quando a pessoa, embora não exerça qualquer atividade laborativa, tem bens que lhe garantem a própria subsistência.

Imóveis alugados, dinheiro aplicado em poupança, terras arrendadas, parceria rural, possibilitam rendimentos suficientes para uma pessoa sobreviver sem o auxílio de terceiros. Os bens tanto podem ter sido herdados, como se constituir fruto do próprio trabalho de quem os possui, que, por já ter amealhado um patrimônio razoável, não necessita mais trabalhar, nem receber auxílio de outras pessoas.

A regra é que, por seu próprio esforço, por meio do trabalho, cada pessoa maior e capaz providencie a sua manutenção. Para tanto, é necessário que se disponha para tal, normalmente acordando cedo, saindo de casa, indo até o local de serviço, cumprindo horário, tirando férias regularmente, e se submetendo a outras tantas regras e disciplinas iguais para a grande maioria.

Quando a pessoa tem *condições* de trabalhar, e a isso acresce *disponibilidade* para tanto, com seu próprio esforço exerce atividade laboral e auferir renda suficiente para si, dispensando a ajuda de terceiros. No entanto tal disposição nem sempre é manifestada, o que leva a que a comodidade ou acomodação de um acarrete a sobrecarga do outro.

Quem não tem nem bens para deles auferir rendimentos, nem um emprego para dele tirar seu sustento, submete-se à dependência de terceiro para sobreviver. Quando um dos componentes do casal que se separou se insere nesse perfil, o encargo recai, geralmente, no ex-cônjuge.

Filhos menores, crianças e adolescentes, impossibilitados de trabalhar por sua pouca idade, são sustentados *pelos pais*, que têm a obrigação legal de prover o

sustento da prole.¹⁶⁴ Por outro lado, os pais, velhos ou doentes, que já cumpriram sua tarefa de trabalhar toda uma vida para sustentar os filhos e encaminhá-los profissionalmente, em um determinado momento de sua trajetória não têm mais forças nem condições físicas de trabalhar. Então, se não podem mais trabalhar e não têm qualquer renda que lhes possibilite uma velhice digna, devem ser sustentados pelos filhos que criaram.¹⁶⁵

Há pessoas, e por uma questão histórica as mulheres, que, embora esteja em perfeitas condições de exercer alguma atividade laboral para prover o seu próprio sustento, optam por permanecer dependentes de ex-maridos ou ex-companheiros, na convicção de que o ex-marido ainda é o *chefe* da família, o provedor perene, com o dever de sustentar a ex-mulher *ad infinitum*. Essas mulheres fazem questão de se manter totalmente dependentes, como se casamento fosse emprego, e marido órgão assistencial¹⁶⁶. Outras vezes, em nome dos filhos recorrem aos avós, alegando sua impossibilidade de trabalho, por múltiplas razões – mas nenhuma subsistente. A arraigada acomodação feminina está sendo combatida pelos tribunais contemporâneos.¹⁶⁷

Historicamente, no mundo, a mulher foi tratada como ser inferior ao homem, menos dotada e olhada com compaixão. Com relação a direitos, os que lhe foram sendo concedidos vieram quase como esmola. Também historicamente, a mulher manifestou tendência a se

¹⁶⁴ Ver art. 1.566, inc. IV, do Código Civil.

¹⁶⁵ Ver art. 1.696 do Código Civil.

¹⁶⁶ “Casamento não é emprego e marido não é órgão assistencial” é expressão utilizada pelo Des. Rel. Eliseu Gomes Torres, 8ª Câmara Cível do TJRS, no julgamento do Proc. 595.181.272, em 21.12.95.

¹⁶⁷ Conforme decisão da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do RS, em julgamento da apelação no Processo nº 595.181.272, interposta por uma mulher saudável, com 20 anos de idade, que permaneceu casada por curtíssimo lapso de tempo - pouco mais de um ano - e requereu alimentos em nome próprio e da filha do casal contra o ex-marido. O juiz de primeiro grau deferiu os alimentos somente à criança. Recorreu a mulher, pois queria restabelecer relação de dependência econômica com o ex-marido, quando ambos se encontravam em situação de igualdade relativamente à capacidade para o trabalho. Entende o Relator Des. Eliseu Gomes Torres que “Entre os cônjuges existe o dever de mútua assistência e não o dever de sustento do homem para com a mulher, pelo princípio da igualdade entre ambos. Estando eles em situação igual - ambos capacitados para o trabalho, não há porque serem assistidos um pelo outro.”

submeter a essa situação, acomodando-se à posição de inferioridade.¹⁶⁸

A mulher age como se fosse incapaz mais provavelmente por comodismo; possivelmente por receio; o que não se aceita como justificativa de sua subserviência é a ignorância. Acostumou-se a uma situação de dependência com relação ao homem, a não ter iniciativa própria, a ser subordinada. Por muito tempo foi considerada como uma “coisa”, propriedade do homem, do marido, do companheiro. O papel que lhe era reservado era “marcado pela submissão, fragilidade, dependência e crueldade no trabalho a que estivera exposta no século XIX e início do século XX”¹⁶⁹. A conscientização de seu efetivo valor faz parte de um processo lento, e por certo levará décadas.¹⁷⁰

Acomodadas a essa situação, ainda hoje mulheres hesitam em sair de casa, enfrentar o mercado de trabalho. Entre permanecer nos limites de seu lar, sem maiores compromissos com o mundo, ou enfrentar um dia de trabalho fora de casa, significativa parcela feminina ainda opta pela primeira alternativa.

Muitas já obtiveram êxito na busca da igualdade entre os sexos. Outras ainda estão subjugadas aos homens por razões culturais, familiares, econômicas ou sociais. O Brasil é um país heterogêneo, com múltipla formação étnica e profundos contrastes culturais, sociais e econômicos; é também de enorme dimensão continental, o que resulta em costumes e comportamentos diversificados.

¹⁶⁸ COSTA, Maria Aracy Menezes da. Pensão alimentícia entre cônjuges e o conceito de necessidade. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre: Ajuris, v.27, n.85, t.1, p. 424, mar. 2002.

¹⁶⁹ AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. Mulher: da submissão à liberdade. **Revista brasileira de direito das famílias e sucessões**, Porto Alegre; Belo Horizonte: Magister: IBDFAM, v.10, n.8, p. 53, fev./mar. 2009.

¹⁷⁰ “[...] O universo feminino é habitado pela idéia de ser sustentado por um homem. Embora essa idéia de sustento da mulher pelo homem começa a se modificar, alterando paulatinamente os ordenamentos jurídicos, levará, ainda, segundo a psicanalista Gilda Vaz Rodrigues, pelo menos três gerações para que esse fato se sedimente no inconsciente como cultural.” PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família: uma abordagem psicanalítica**. 2. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 133.

Em nome de uma alegada igualdade, vagas lhe são asseguradas nas empresas, estabelecendo-se uma verdadeira reserva de mercado a seu favor, não porque sejam mais capazes, mas simplesmente porque são mulheres.¹⁷¹

A efetiva e real igualdade de gênero, não raro, é interpretada de forma equivocada na doutrina e até mesmo por alguns Tribunais: ou tudo é negado para a mulher – sob o argumento de que, afinal, ela é igual ao homem em direitos –, ou tudo lhe é concedido – porque ela já foi muito sacrificada e este é o momento histórico de serem reparadas as injustiças do passado. A discriminação, no entanto, mesmo se denominada “positiva”, parece ir contra a disposição do artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal, que dispõe respeito da igualdade entre todos os cidadãos, e entre homens ou mulheres¹⁷².

Ao se submeter à humilhante situação de dependência, de *coisificação*, a mulher está, ela mesma, abrindo mão de sua própria dignidade, situação que se agrava quando ela é abandonada pelo marido, “trocada por outra”, desprezada. Então, já esquecida da dignidade perdida no passado, não hesita em lançar mão de todos os meios a seu alcance para atingir o homem causador de sua desgraça. E sua vingança é materializada com o pedido de alimentos contra o homem que a abandonou. Se tem filho com esse homem, a situação se torna mais fácil para ela.

¹⁷¹ No Brasil, a questão das “quotas” se mostra bastante controversa. “[...] as normas jurídicas existentes sobre a igualdade de tratamento, que têm por objeto a igualdade entre homens e mulheres e que visam a conceder direitos aos indivíduos, são insuficientes para eliminar toda a forma de desigualdade de fato; se, paralelamente, algumas ações não forem tomadas por parte dos governos e de certas organizações visando a compensar os efeitos prejudiciais para as mulheres ativas e resultantes de atitudes, de comportamentos sociais e de estruturas da sociedade, ficará difícil reverter a situação de hipossuficiência do sexo feminino.” ZANETTI, Robson. A discriminação positiva em favor das mulheres. **Justiça do direito**. Passo Fundo: Universidade de Passo Fundo, v.14, n.14, p. 130, 2000. Contrário às quotas: “Deve ser ressaltado que às políticas de quotas são apresentadas diversas críticas. Argumenta-se, sobretudo, que tal espécie de discriminação positiva iria contra o mérito ou esforço individual. [...] Sem dúvida, a precisa medida dos planos e programas visando à ação afirmativa se manifestam num contexto de razoabilidade, com o intuito de concretizar o mandamento constitucional, uma vez que qualquer excesso acaba por representar violação à própria ordem constitucional.” EMILIANO, Euripedes de Oliveira. **As ações afirmativas e a concretização do valor constitucional da igualdade**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11296>>. Acesso em: jul. 2009.

¹⁷² Art. 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.” BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 11 out. 2009.

Vale-se do nome do filho. Utiliza o filho, seja contra o pai, seja contra os pais do pai – os avós!. Elenca necessidades, nem todas reais. Exagera no rol para encobrir e suprir as *suas* próprias necessidades. Vale-se da representatividade legal decorrente da guarda do filho, usa de má-fé, e abusa do direito que a lei lhe concede, litigando sob o nome do filho para buscar sustento para si própria, muitas vezes, ou simplesmente tentando agredir a família do homem que a abandonou. Transcende: vai além, numa manifestação de *transpessoalidade* na busca da pretensão alimentária.

No entanto a situação não é generalizada: existe, mas comumente não é objeto de análise, talvez porque *politicamente incorreta*, ou seja, “socialmente inaceitável”, porque não seria de “bom tom” censurar a mulher, tão inferiorizada e discriminada por séculos. A crítica à mulher provoca situações constrangedoras, principalmente para quem tem coragem de a expor. Mas, uma vez existente a situação em que o agente é efetivamente a mulher, a questão merece um enfrentamento, um estudo, uma crítica, com a participação de áreas afins, como a Psicologia, a Psiquiatria e a Sociologia, para um verdadeiro trabalho interdisciplinar.

As exceções existentes não devem levar à estereotipação da figura feminina: paralelamente às mulheres que *preferem* ser sustentadas toda vida por ex-maridos, às que transferem seus traumas e rancores para a família do ex-marido ou companheiro, existem as trabalhadoras, lutadoras, guerreiras, que honram e dignificam o gênero feminino e conseguem separar as situações de um casamento-relação terminado de uma relação de parentesco de seu filho com seus avós.

A monoparentalidade leva as mulheres que não têm a seu lado um marido ou companheiro a se lançar no mercado de trabalho para sustentar os filhos.¹⁷³ Porém, quando a mulher não quer ou não pode trabalhar, pede para o pai dos filhos, ou, em nome do filho, para os avós. O problema de ordem econômica que decorre dessa situação é danoso. Quando abandonadas pelos pais de seus filhos, são tomadas de surpresa pela nova realidade; até então, ficavam *no lar*, sem qualquer qualificação

¹⁷³ LEITE, Eduardo de Oliveira. **famílias monoparentais**: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

para o trabalho, cuidando das lides domésticas, lavando as roupas, limpando a casa, e *guardando*¹⁷⁴ pela situação moral e administrativa da família, como *auxiliar* do *chefe*¹⁷⁵ da sociedade conjugal.

É necessário que se estabeleça uma distinção entre a mulher que realmente necessita dos alimentos e a que está somente a reivindicá-los em nome próprio ou em nome dos filhos como instrumento de vingança ou mera comodidade (transpessoalidade). O § 1º do art. 1.694 do Código Civil¹⁷⁶ determina que os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada. Impõe-se dimensionar, hoje, o conceito de *necessidade*, fazer uma *releitura* do conceito, valendo-se da interpretação sistemática do direito para uma adequada hermenêutica, distinguindo *aptidão para o trabalho* de *disponibilidade para o trabalho*.

Em questões de Direito da Família, não há como deixar de considerar um tratamento inderdisciplinar das questões. Emoções, afetos e inconsciente ditam comportamentos que se refletem nas questões de família.

Ficam os restos da paixão. E não há nenhuma boa razão para desprezar o poder que estes restos têm. Até porque as novas relações que eventualmente aconteçam o farão sobre os restos desta. Assim como esta também ocorre sobre os restos conservados/transformados das que a precederam. Não há ausência de história. Será um desafio à sanidade mental do ex-apaixonado conseguir encontrar um destino para estes restos que não seja usá-los exclusivamente como seu instrumento de tortura.¹⁷⁷

¹⁷⁴ Conforme determinava o art. 240 do Código Civil de 1916, no capítulo que trata dos direitos e deveres da mulher: “A mulher, com o casamento, assume a condição de companheira, consorte e *colaboradora* do marido nos encargos de família, cumprindo-lhe *velar* pela direção material e moral desta.” (Grifo da autora).

¹⁷⁵ Nos termos do art. 233 do Código Civil de 1916, “o marido é o *chefe* da sociedade conjugal, função que exerce com a *colaboração* da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos.” (Grifo da Autora).

¹⁷⁶ Art. 1.694, § 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos d pessoa obrigada.

¹⁷⁷ TURKENICZ, Abraham. **A aventura do casal**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1995, p. 42.

Mesmo que os juízes não tenham recebido em sua formação acadêmica ou profissional um treinamento especial para lidar com questões que envolvam a multidisciplinaridade, como a Psicologia, a Sociologia e a Psiquiatria – valem-se eles, hoje, do auxílio dos profissionais dessas áreas para a elaboração de avaliações e laudos¹⁷⁸ que passam a fundamentar as decisões judiciais¹⁷⁹. Não se exige do magistrado o conhecimento específico nessas áreas, mas, sim, a necessária sensibilidade para que se valha do auxílio de profissionais técnicos competentes.

Com muita frequência, os filhos são usados como justificativa para a tomada de medidas legais por meio das quais supostamente serão defendidos seus interesses.¹⁸⁰ Alimentos, guarda e visitação são questões jurídicas que somente podem ser tratadas adequadamente se considerados os fatores emocionais envolvidos.¹⁸¹ Mais além da figura do pai, estão situados os avós.

¹⁷⁸ EMENTA: ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. GUARDA. REQUERIMENTO FORMULADO PELA AVÓ PATERNA. Laudo médico realizado quando do atendimento das crianças em nosocômio da capital que apontou indícios de violência física e sexual. Estudo social e depoimento dos infantes em audiência que afastam tal circunstância. Necessidade de apuração mais detalhada, mediante a realização de perícia psiquiátrica e psicológica, além de acompanhamento semanal na residência das crianças e de seus genitores. Laudo da assistente social que não pode servir como única prova a afastar os indícios de violência atestados por médica pediatra. Carência probatória. Supremacia do interesse das crianças envolvidas que autorizam a realização de novas provas. Sentença desconstituída. Apelação prejudicada. (segredo de justiça) (apelação cível nº 70028920957, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Conrado de Souza Júnior, julgado em 29/04/2009).

¹⁷⁹ EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA. GUARDA DE MENOR E SUSTAÇÃO DE VISITAÇÃO MATERNA. INVIABILIDADE, enquanto não evidenciado o efetivo risco à criança. Determinação de perícia psicológica, cujo resultado deve ser aguardado. Preliminar rejeitada e recurso desprovido. (Agravado de Instrumento Nº 70029960044, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 22/07/2009).

¹⁸⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família**: a família na travessia do milênio. In: Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM, OAB-MG, Del-Rey, 2000.

¹⁸¹ EMENTA: DIREITO DE VISITAS. PAI. ACUSAÇÃO DE ABUSO SEXUAL. REGULAMENTAÇÃO. 1. Como decorrência do poder familiar, o pai não guardião tem o direito de avistar-se com a filha, acompanhando-lhe a educação, estabelecendo com ela um vínculo afetivo saudável. 2. A mera suspeita de abuso sexual não pode impedir o contato entre pai e filha, mormente quando essa suspeita não foi comprovada, após a realização de perícia psiquiátrica e avaliação psicológica. 3. As visitas devem ser fixadas quinzenalmente, e de forma supervisionada, com o propósito de assegurar a efetiva proteção à criança. Recurso provido em parte. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Agravado de Instrumento Nº 70022872469, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 25/06/2008).

São várias as motivações que levam ao pedido de alimentos, entre elas, e com muito destaque, a motivação afetiva.

As uniões, em seu início, em geral, hoje, são movidas pelo amor. Afirma Eduardo de Oliveira Leite que, “quando a discussão 'jurídica' gira em torno das figuras marido e mulher, pais e filhos, ou simplesmente filhos, são as imagens do amor, do afeto e do sentimento que se sobrepõem em detrimento de todas as demais considerações.”¹⁸² Ressalta que no Direito de Família, além dos aspectos jurídicos propriamente ditos, estão sempre presentes as dimensões axiológicas, sociológicas, fisiológicas e éticas. A realidade humana é dimensionada principalmente com base em uma dose profunda de sensibilidade humana.

Em pactos e negócios realizados na área de Família, o subjetivo dita o comportamento, diferentemente dos outros “contratos” em que as expectativas estão mais claras e mais bem expressas.¹⁸³ As questões patrimoniais na separação são de difícil composição; os filhos muitas vezes são usados para o casal se atacar mutuamente.¹⁸⁴

Cada um dos separados quer ser indenizado pelo prejuízo sofrido em nome do amor que acabou, e assim o dinheiro assume significações simbólicas, sendo ao mesmo tempo prêmio e castigo. O patrimônio deixa de ter seu sentido econômico, para representar perdas emocionais, e o luto pelo afeto que se foi.

No término da relação do casal, a guarda dos filhos geralmente fica com a mãe. Não se trata de regra absoluta, principalmente nos dias de hoje, mas pela própria formação mais tradicional das famílias, os homens não costumavam lutar pela guarda dos filhos, concordando desde logo que ficassem com a mulher. Hoje, a

¹⁸² LEITE, Eduardo de Oliveira. Os alimentos e o novo texto constitucional. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Direito de família contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 696.

¹⁸³ Comenta Rolf Madaleno que “curioso constatar que todo o decantado respeito constitucional à intimidade do cônjuge e à sua dignidade no seio da sua sociedade familiar desloca-se com facilidade para o terreno da amargura, da censura pessoal e até mesmo da humilhação, quando se trata de buscar em juízo o decreto oficial de uma união desmoronada.” MADALENO, Rolf. **Novas perspectivas no direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 31.

¹⁸⁴ MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Além dos fatos e relatos..., p. 39-52.

situação está modificando seus contornos.¹⁸⁵ Mas, mesmo assim, ainda prepondera, significativamente, a guarda materna sobre a paterna.

Os profissionais do direito, principalmente os advogados, seguidamente deparam com situações em que o homem reivindica a guarda do filho, buscando tirá-lo da casa materna ou porque a ex-mulher voltou a casar, ou porque ele quer se livrar do encargo da pensão de alimentos para o filho. No primeiro caso, se vê agredido em sua condição de “posseiro” da mulher e também do filho: não suporta outro homem convivendo com a *sua* mulher e o *seu* filho! No segundo caso, não há nenhum interesse afetivo pelo filho, somente o interesse econômico de se liberar do pagamento de alimentos.

Por outro lado, existem situações diametralmente opostas, que ocorrem quando é a mulher que toma a iniciativa de vingança por causa do comportamento do marido. Nesse caso, se a separação foi proposta pelo homem, a mulher “perde” o marido, mas fica com um trunfo nas mãos: o filho, um pedaço do marido, um prolongamento dele, objeto de seu amor e seu ódio; “[...] uma parte predominante do outro, depreciado e temido”.¹⁸⁶

E esse filho será o seu instrumento, sua arma, seu escudo, o pretexto utilizado para que ela possa falar, lutar, agredir – por intermédio dele.¹⁸⁷

Usando a pessoa, o nome e a representatividade do filho, a mulher transcende a sua própria individualidade, e ultrapassa a individualidade do filho para

¹⁸⁵ EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. GUARDA. FILHO MENOR. 1)ALTERAÇÃO. Mantém-se a sentença que transferiu a guarda do filho ao pai, se atualmente é a situação que melhor atende aos interesses do infante. 2)VISITAS. Ampliam-se as visitas concedidas à mãe, na forma como anteriormente estabelecido provisoriamente, se não há justificativas para restrição. 3)ALIMENTOS. Percebendo a ré salário do emprego formal, descabe a fixação dos alimentos tendo como indexador o salário mínimo, devendo a verba ser fixada em percentual sobre o seu salário. Apelação parcialmente provida. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70021557806, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 29/11/2007).

¹⁸⁶ DIAS, Maria Berenice; SOUZA, Ivone M. C. Coelho de. Separação litigiosa, na "esquina" do direito com a psicanálise. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, v.26, n.76, p. 234, dez. 1999.

¹⁸⁷ “O desamor está presente no final do casamento e parece estender-se aos filhos, quando eles se transformam em um e talvez no principal elemento de disputa entre os cônjuges. [...] Triste constatar que as armas mais poderosas e quase sempre à mão são os filhos, bem maior do casal e única razão que o obrigará a conviver no mínimo decentemente até o resto de seus dias.” MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Além dos fatos e relatos..., p. 47, 49.

chegar até o objeto de seu desejo e ódio: o homem que a abandonou, que a trocou por outra; o pai do seu filho. A criança, sem sequer suspeitar o que está acontecendo entre os pais, e muito menos sem consentir, emprestará compulsoriamente seu nome para a mãe litigar na ação de alimentos, seja contra o pai, seja contra os avós paternos. A criança pouco ou nada quer do pai e não necessita de todos os bens materiais que a mãe descreveu como sendo suas necessidades. Do que necessita mais que tudo é do amor do pai. Sem querer, e muitas vezes sem necessitar, o filho se torna o polo ativo do litígio, utilizado como instrumento de vingança da mãe. A mulher tomará todas as medidas judiciais em nome do filho, extrapolando o poder de representação que a lei lhe concede.

Em situações dessa espécie, a mãe instiga o filho contra o pai, sob a falsa afirmação de que o pai não o ama, não se interessa mais por ele. Ou os avós não o amam. Quer levar o filho a acreditar que apenas ela, a mãe, sente verdadeiro amor por ele, apesar de abandonada, desprezada pelo homem que “trocou sua família por outra – outra mulher e outra família”. O filho é utilizado como mero instrumento de vingança da mãe para atingir o ex-marido, o ex-companheiro, ou o ex-amante porque aquele homem negou a ela o amor, a companhia, e talvez também o sustento. E se inicia uma luta mascarada e desigual, na qual a criança se transforma, ao mesmo tempo, em arma e escudo. A mulher quer purgar suas mágoas, e o filho, que deveria ser preservado, mantido fora da questão pessoal dos pais, se torna a verdadeira vítima na guerra deflagrada.

Em seu ódio, a mãe incita o filho contra o pai.¹⁸⁸ Quer convencer a si própria e aos outros que todos os seus atos se justificam porque visa ao bem do filho. No entanto suas atitudes provocam apenas sofrimento e mágoa na criança, que seria muito mais feliz se a mãe lhe permitisse viver harmoniosamente com o pai que ela ama, com os avós que adora.

¹⁸⁸ “A presença das representações mentais, das fantasias, de nosso mundo interno no vínculo de um casal é marcada e inegável. O nível fantasmático se apresenta na construção do outro como bom ou mau, de acordo com as fantasias vigentes no aparelho psíquico de cada um. [...] Nível fantasmático que é abandonado [...] quando fortalecemos a mãe que impede a visitação e que incita os filhos contra o pai, denegrindo-o, alegando racionalizações que dificilmente ocultam seu rancor e ódio por Ter-se sentido abandonada.” MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Além dos fatos e relatos..., p.49- 50.

Cega com o fim da paixão, a mulher se aproveita de uma possibilidade jurídica em decorrência de sua maternidade, de sua representatividade legal, e se utiliza de uma situação, como uma demanda alimentar contra o pai de seu filho, que enseja o exercício da sua vingança pessoal, ultrapassando os limites dos seus próprios direitos, e ferindo direitos do filho, do pai e dos avós.¹⁸⁹

Existe estreita relação entre o Direito e a Psicanálise¹⁹⁰. A parte somente recorre ao Judiciário quando o vínculo afetivo se desfaz. A disputa pela guarda dos filhos, a ação de alimentos contra os avós, muitas vezes são usados como objeto de vingança. Cada qual dos componentes do par busca provar a sua verdade, negando sua própria culpa, e atribuindo ao outro a responsabilidade pelo fim da relação, pelo sonho desfeito, pela perda do objeto amoroso. Cada um busca sua absolvição, ansiando pela proclamação judicial de sua inocência. Cada qual quer que haja o reconhecimento da responsabilidade do outro pelo fim da relação e que lhe seja imposta uma sanção. Os fatos concretos não são levados ao Judiciário, mas, sim, a versão de cada um, impregnada de emotividade, o que dificulta a percepção da realidade; “[...] são os restos do amor que são levados ao Judiciário.”¹⁹¹

Alem das motivações afetivas, também as motivações econômicas levam à demanda alimentar, mas não a simples e real necessidade.

Muitas vezes, utilizando-se da demanda de alimentos, valendo-se do filho como autor, cujo nome usa indevidamente, a mulher visa à melhora de sua própria situação econômica. Se o filho necessita de dois salários mínimos para sua manutenção, ela reivindica quatro. Se a criança tem necessidade de cinco, ela insiste em dez. Não pensa no filho, nem defende os interesses dele. Seu objetivo maior é

¹⁸⁹ “[...] As justificativas racionais ou legais utilizadas para sustentar sua aplicação ocultam outras motivações, frequentemente de cunho emocional, sejam elas conscientes ou inconscientes, mas que pouco dizem respeito aos filhos ou à defesa de seus interesses e que se refere muito mais aos pais e aos problemas relativos a conflitos conjugais não resolvidos.” MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Além dos fatos e relatos..., p. 50-51.

¹⁹⁰ DIAS, Maria Berenice; SOUZA, Ivone M. C. Coelho de. Separação litigiosa..., p. 233-237.

¹⁹¹ DIAS, Maria Berenice; SOUZA, Ivone M. C. Coelho de. Separação litigiosa..., p. 235.

preservar a sua própria situação financeira e econômica. Procura para si, naquele momento, a segurança do futuro.¹⁹²

Eduardo de Oliveira Leite¹⁹³ ensina que a inclusão de itens que não fazem realmente parte do cotidiano do credor, como TV a cabo, despesas com computação, escola de dança, de natação, ginástica, equitação, quase sempre é feita com vista a crescer o valor da dívida alimentar, numa manobra simulatória negada pela realidade do cotidiano da parte. Comprovado que o filho não gasta o valor pedido, a determinação de pensão em valor exacerbado mais se aproxima de uma sanção de ordem civil do que do deferimento de alimentos pelo caráter de necessidade contemplado no § 1º do artigo 1.694 do Código Civil. Afirma o professor que atribuições de tais valores só podem conduzir ao parasitismo e à ergofobia.¹⁹⁴

Quando é a criança ou o adolescente que estão no polo ativo de uma ação de alimentos, considerando que seus interesses se sobrepõem de forma absoluta aos interesses dos demais, o sistema jurídico de uma forma geral, e o Judiciário de forma especial, se põem em alerta para a proteção dos direitos desses incapazes, preponderantemente. Não é outro o ensinamento do Estatuto da Criança e do Adolescente,¹⁹⁵ que determina em seu artigo 4º que é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar a efetivação dos direitos da criança e do adolescente. E visando a proteger o menor, que aparentemente é o autor, pode ocorrer que o sistema jurídico, como um todo, seja induzido a erro, ludibriado pela pessoa que exerce a representatividade do filho, mas não a exercita de forma adequada.

¹⁹² “ALIMENTOS. ADEQUAÇÃO DO *QUANTUM*. Os alimentos devem assegurar o sustento da filha atendendo-lhe as suas efetivas necessidades, dentro das possibilidades do pai, observadas as condições sócio-econômicas deste. Não se pode ignorar que filho não é sócio do pai, nem a mãe é sócia da filha e que compete a ambos os pais o dever de garantir o sustento da prole, não sendo dado à mãe, por osmose, usufruir da pensão alimentícia. Recurso provido em parte. “ (7ª Câm. Cív. TJRS, AC 598 523 207, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, julg. 24/3/99.)

¹⁹³ LEITE, Eduardo de Oliveira. O *quantum* da pensão alimentícia. In: COUTO, Sergio (Coord.). **Nova realidade do direito de família**: doutrina, jurisprudência, visão interdisciplinar, noticiário. Rio de Janeiro: COAD, 1999. v.2, p. 16-17.

¹⁹⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. O *quantum* da pensão..., p. 16-17.

¹⁹⁵ BRASIL. **Lei n.º 8.069**, de 13 de Julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 11 out. 2009. Estatuto da criança e do adolescente.

A mulher se vale de sua histórica posição de inferioridade, traz à tona o jugo que se perpetuou durante séculos, e como que para se libertar, como que para vindicar os direitos que anteriormente a história e o Direito lhe negaram, ultrapassa os limites do justo, do moral e do legal. Excede o exercício de sua legítima defesa, assumindo posição de ataque.

Para evitar situações de flagrante injustiça, deve-se averiguar até que ponto estão postas as verdadeiras necessidades da mulher que pretende alimentos; em que consiste a *necessidade* alegada; como este termo vago pode ser determinado; e onde estão os limites do direito da representante do filho.¹⁹⁶

Acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro¹⁹⁷, anteriormente ao novo Código Civil brasileiro, condenou os avós ao pagamento de 50 salários mínimos mensais¹⁹⁸ – foram pleiteados 100 salários mínimos na inicial, pois já tinham acostumado os netos a padrão elevado de vida, uma vez que os pais antes do rompimento, eram sustentados pelos avós, que, proviam a manutenção de filho, nora e netos, inclusive lhes fornecendo moradia. E o Tribunal, ao acolher parcialmente o pedido e concedendo “apenas” 50 salários mínimos, justificou ainda a “moderação” do *quantum* concedido, porque “não pode chegar ao exagero, sob pena de terminar-se com o fornecimento indireto dos alimentos à mãe dos apelados, proporcionando-lhe um padrão de vida ao qual os apelantes não estão de forma alguma obrigados a garantir-lhes”

E mesmo afirmando em sua justificativa de voto que “esta suplementação não poderá chegar ao exagero, sob pena de terminar-se com o fornecimento indireto dos

¹⁹⁶ O *abuso do direito* na pretensão de alimentos deduzida em juízo pela representante do menor merece indubitavelmente um estudo detalhado e aprofundado, o que o presente trabalho não comporta.

¹⁹⁷ Eduardo de Oliveira Leite comenta essa decisão em sua obra. LEITE, Eduardo de Oliveira. Prestação alimentícia..., p. 81. Em sua pesquisa para este estudo, a autora também deparou com a íntegra da mesma decisão, chamando-lhe a atenção que se encontram neste mesmo acórdão exemplos diversos da posição jurisprudencial que pretende demonstrar, que é totalmente contra os avós: transpessoalidade, excesso de atribuição da responsabilidade, nível de vida não compatível com os pais, mas, sim, dos avós, e alimentos alcançados por discricionariedade e não por obrigação.

¹⁹⁸ Ementa: Se os pais, por si, se revelam carecedores de recursos para alimentarem os filhos menores impúberes, podem estes exigir complementação dos avós, pessoas, no caso, de grande fortuna e que, antes da ruptura do relacionamento dos pais dos alimentandos, a estes últimos verdadeiramente sustentavam, inclusive com o fornecimento de moradia RT, 747: 385.

alimentos à mãe dos apelados, proporcionando-lhe um padrão de vida ao qual os apelantes não estão de forma alguma obrigados a garantir-lhe” o relator, mesmo assim, concedeu cinquenta salários mínimos de alimentos.

O voto vencido propunha vinte salários mínimos, com a seguinte fundamentação:

Verifica-se que os menores tinham padrão de vida muito mais elevado do que levam hoje, após a separação de seus pais. Ressalta-se, por outro lado, que o imóvel em que residiam, por favor dos avós paternos, foi retomado pelos mesmos. [...] A ilustre Juíza a quo, ao que tudo indica, impressionou-se com a fortuna dos avós paternos para a fixação dos alimentos, esquecendo-se de dois pontos fundamentais: a) os filhos devem viver dentro do padrão de vida de seus pais e não de seus avós; b) no caso em tela, os alimentos têm caráter de complementação dos alimentos já pagos pelo genitor. O padrão proporcionado aos credores dos alimentos pelo pai, quando com eles convivia, deve ser mantido. Não é, no entanto, o padrão de vida que os avós podem momentaneamente fornecer-lhes que deve servir de parâmetro para a fixação dos alimentos. Nas bases fixadas os alimentos são, a nosso sentir, data venia, um verdadeiro incentivo ao ócio. Por tais circunstâncias, o provimento do recurso para reduzir a pensão alimentícia complementar para 20 (vinte) salários mínimos.

Com a vênia dos egrégios julgadores, sem dúvida cinquenta salários mínimos se constituem, sim, exagero, considerando que se trata de alimentos a serem satisfeitos por ascendentes de segundo grau, os avós, e não pelo pai ou pela mãe, esses, sim, com a responsabilidade ilimitada para com seus filhos. Sabe-se que é comum nas lides forenses, notadamente em questões alimentares, que os pedidos iniciais sejam postos muito além das verdadeiras necessidades apuradas dos autores, para que, ao final, o julgador, exercendo um critério de “moderação” e “justa medida” os reduza consideravelmente e chegue ao patamar que efetivamente deveria ter sido pleiteado na inicial. Assim, os “100” salários mínimos reduzidos pela metade se constituem em evidente exagero.

A decisão em questão evidencia uma posição totalmente protetiva, garantista e dissociada da realidade. Se os pais não podem proporcionar um padrão de vida

elevado para os seus filhos, estes devem se acostumar com o nível de vida que a realidade dos pais lhes oferece. Os avós, além de terem sustentado a nova família de seu filho, com a nora e netos, por vontade própria, sem terem qualquer obrigação legal para tanto, mas tão somente por um sentimento de liberalidade afetiva extracontratual, viram-se compelidos judicialmente a exercer o papel de provedores não somente dos netos, mas da nora, pois cinquenta salários mínimos com certeza irão garantir um padrão de vida além do absolutamente indispensável para uma família de classe média.

Existe uma distinção que pode ser identificada entre os alimentos prestados como socorro, os alimentos alcançados a título de dever e os alimentos decorrentes de obrigação extracontratual, sendo necessário identificar os elementos diferenciadores de cada uma dessas hipóteses.

1.2.3 Os elementos identificadores do dever de socorro; a obrigação alimentar extracontratual sob a ótica constitucional.

Enquanto vige a sociedade conjugal, não se cogita na prestação de alimentos, uma vez que o casal tem a obrigação recíproca de prover o sustento da família. Com o término da convivência conjugal, o *dever de sustento* assume outra feição, materializando-se na prestação de alimentos. Com a *separação*, prevalecem os *deveres de sustento, assistência e socorro* originários do casamento, exceto em situações excepcionais.

Por ocasião do divórcio consensual, o acordo entre as partes assume as características contratuais do direito das obrigações, despindo-se do caráter alimentar propriamente dito. No entanto o Direito de Família apresenta aspectos peculiares que o distinguem dos outros ramos do Direito, destacando-se a

importância fundamental do elemento social, ético e moral.¹⁹⁹ Conforme assinala Arnold Wald²⁰⁰, não se pode negar que os direitos de família são exercidos menos nos interesses individual e egoístico de cada um dos membros do que em favor do interesse comum da família, superior à soma dos desejos individuais dos seus membros.²⁰¹

Com o casamento, os cônjuges assumem as obrigações expressas no artigo 1.566²⁰² do Código Civil, entre as quais a “assistência recíproca”, que não cessa com a separação judicial, pois o casal mantém o *vínculo* entre eles existente, de conformidade com o artigo 1.576²⁰³ do Código Civil de 2002.²⁰⁴

O divórcio, no entanto, dissolve o vínculo, desaparecendo a obrigação de “assistência recíproca”, que somente em circunstâncias próprias se mantém – caso de divórcio em que se pactuam os alimentos, ou sentença judicial que determina pagamento de pensão alimentar.²⁰⁵

A obrigação alimentar decorrente do *jus matrimonii*, que gera o dever de manutenção de um dos cônjuges ou conviventes para com o outro, após a dissolução do casamento ou da união estável, constitui-se manutenção de um direito protetivo, no qual prepondera a figura masculina sobre a feminina. São raros os

¹⁹⁹ WALD, Arnold. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Direito de Família. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.18.

²⁰⁰ WALD, Arnold. **Curso de Direito Civil...**, p. 19.

²⁰¹ Também Álvaro Villaça Azevedo afirma: “[...] podemos dizer, conceituando-o, que o casamento é um contrato solene, regulado por normas de ordem pública, no âmbito do Direito de Família [...]” AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**. 2ª.ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 282.

²⁰² Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: fidelidade recíproca; vida em comum no domicílio conjugal; mútua assistência; IV – sustento, guarda e educação dos filhos; V respeito e consideração mútuos.

²⁰³ Constante anteriormente já na Lei do Divórcio, Lei nº 6.515/77, art. 3º: “ A separação judicial põe termo aos deveres de coabitação, fidelidade recíproca e ao regime matrimonial de bens, como se o casamento fosse dissolvido.”

²⁰⁴ Art. 1.576. “A separação judicial põe termo aos deveres de coabitação e fidelidade recíproca e ao regime de bens.”

²⁰⁵ “[...] não será a pura e simples extinção do vínculo que impedirá a pretensão alimentar na hipótese de já existente a obrigação por ocasião da separação judicial, seja determinada por sentença, seja em virtude de acordo, quando então assume o caráter obrigacional contratual ou sentencial, motivo pelo qual prevalecerá, mesmo existindo o vínculo.” COSTA, Maria Aracy Menezes da. A renúncia a alimentos no novo Código Civil: casamento e união estável. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). **Alimentos no novo Código Civil**: aspectos polêmicos. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 150.

casos de que se tem notícia de maridos pensionados por ex-mulheres: em geral, as mulheres é que são pensionadas pelos ex-maridos. Os alimentos se constituem *dever de família*.²⁰⁶

A repartição das despesas da sociedade conjugal consiste no concurso de certos encargos domésticos de sustento, assistência e manutenção. Diz respeito à obrigação de contribuir para os “encargos do matrimônio” e é limitada aos esposos. Antigamente fixada no pacto antenupcial, é devida quaisquer que sejam os recursos de cada cônjuge ou as necessidades de cada um. Cessa ao término do matrimônio. É aquilatada em função da possibilidade do obrigado, não dependendo do estado de carência dos favorecidos.

Sustenta Orlando Gomes que não se devem confundir os conceitos de *obrigação de prestar alimentos* com *deveres familiares de sustento assistência e socorro*, como os que o marido tem em relação à mulher, e os pais para com os filhos menores. A obrigação de prestar alimentos *stricto sensu* é recíproca, depende das possibilidades do devedor e só se torna exigível se houver a necessidade do alimentado, sendo seus pressupostos diferentes daqueles que dizem com os “deveres familiares”. O dever de sustento pelo marido adquire feição de *obrigação de alimento, embora irregular* quando a sociedade conjugal se dissolve pela separação, ocorrendo a mesma desfiguração em relação aos filhos do casal desavindo. “No rigor dos princípios, não se configura, nesses casos, a obrigação propriamente dita, de prestar alimentos, mas, para certos efeitos, os deveres de sustento, assistência e socorro adquirem o mesmo caráter.”²⁰⁷

Sergio Gischkow Pereira²⁰⁸ comenta a posição de Orlando Gomes, acrescentando que em princípio no *dever de sustento de família*, previsto no artigo 1.566, inc. IV, do Código Civil, não existe a reciprocidade, nem a obrigação de ponderar a necessidade/possibilidade das partes, pois o filho menor de idade e mesmo o maior, enquanto estuda em nível de escolaridade compatível com sua

²⁰⁶ GOMES, Orlando. **Direito de família...**, p. 428-437.

²⁰⁷ GOMES, Orlando. **Direito de família...**, p. 428-429.

²⁰⁸ PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Ação de Alimentos**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 19.

faixa etária, devem ser sustentados pelos pais. Destaca que a regra não é fechada porque poderá haver a hipótese de um filho menor de idade herdar uma fortuna, ficando mais rico que o pai, que então não está obrigado a sustentá-lo; ou então que os pais sejam doentes, e o filho menor já exerça atividade remunerada, estando ele em condições de auxiliar os seus pais.

Ensina Paulo Lobo que a regra matriz do *princípio da solidariedade* é o inciso I do artigo 3º da Constituição, no capítulo da Família, quando põe de forma incisiva o dever imposto à sociedade, ao Estado e à família para proteção do grupo familiar (art. 226), da criança e adolescente, (art. 227) e do idoso (art. 230).²⁰⁹ Pondera ainda o autor que, antes da Constituição de 88, a solidariedade era tida somente como dever moral, passando, a partir da carta constitucional, a ser considerada um princípio jurídico. A solidariedade em relação aos filhos corresponde aos cuidados até que atinjam a idade adulta, quando os pais têm o dever de manter, instruir e educar os filhos para sua plena formação social, e estende o princípio da solidariedade também para a família, identificando o princípio no artigo 1.694 do Código Civil quando dispõe sobre o dever alimentar de todos os ali elencados: parentes, cônjuges, companheiros.²¹⁰

Em uma extensão do princípio da solidariedade, estudos estão sendo feitos no Brasil a respeito do cuidado como valor jurídico inclusive com obra específica sobre esse tema, em que Heloísa Helena Barboza afirma que “tanto ou mais importante que a solidariedade, o cuidado emerge como valor que assegura, em toda a sua dimensão, o livre exercício do direito ao envelhecimento”²¹¹ Já Paulo Lobo os relaciona, afirmando que sob o ponto de vista do direito, “o cuidado recebe a força subjacente do princípio da solidariedade, como expressão particularizada desta”.²¹²

²⁰⁹ LOBO, Paulo. **famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008, p 40

²¹⁰ LOBO, Paulo. **famílias...**, p 41.

²¹¹ BARBOZA, Heloisa Helena. O princípio do melhor interesse do idoso. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme (Coord.). **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 70.

²¹² LOBO, Paulo. **famílias...**, p 42.

Para Planiol e Ripert, a obrigação alimentar propriamente dita consiste na ajuda do cônjuge que tem recursos para aquele que está em necessidade. Em certa medida, essa obrigação sobrevive ao matrimônio, vincula-se mais simplesmente ao estado de cônjuge, prescindindo da vigência da sociedade conjugal.²¹³

Orlando Gomes confirma os alimentos como dever *de família*.²¹⁴ Segundo Francisco Cahali,²¹⁵ não se admite que, com a dissolução do vínculo, seja mantida a mesma obrigação marital. Dissolvida a estrutura familiar, não resta mais qualquer obrigação alimentar entre os ex-esposos. O princípio da solidariedade familiar, que norteia a obrigação de prestar alimentos entre os cônjuges, rigorosamente cai por terra quando não existe mais a família formada pelo casal, quando o casamento é dissolvido pelo divórcio. A manutenção da obrigação alimentar entre o casal divorciado se constitui na manutenção rançosa do vínculo, prevalecendo, apenas, a obrigação alimentar com relação aos filhos, conforme expressamente determinado no art. 231 do Código Civil.²¹⁶

Enquanto existe a sociedade conjugal, não se cogita a prestação de alimentos, visto que o casal tem a obrigação recíproca de prover o sustento da família. Com o término da convivência conjugal, o *dever de sustento* assume outra feição, materializando-se na prestação de alimentos. Com a *separação*, prevalecem os *deveres de sustento, assistência e socorro* originários do casamento, exceto em situações excepcionais.

Segundo Planyol e Ripert, para os esposos o dever de *ajuda* consiste na obrigação que tem cada um de proporcionar ao cônjuge tudo que seja necessário para ele viver, sendo equivalente aos alimentos: trata-se de *obrigação de dar*. A *assistência* consiste nos cuidados pessoais que devem ser dados ao cônjuge enfermo, constituindo-se em *obrigação de fazer*. *Ajuda* não se confunde com *assistência*.

²¹³ PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. **Derecho Civil**. México: Pedagógica Iberoamericana, 1996.

²¹⁴ GOMES, Orlando. **Direito de família...**, p. 428-437.

²¹⁵ CAHALI, Francisco, em diversas palestras.

²¹⁶ Vide art. 231 na Nota 105.

AYUDA: Su objeto y carácter. Para los esposos el deber de ayuda consiste en la obligación que tiene cada uno, de proporcionar a su cónyuge todo lo que le sea necesario para vivir. Esta obligación es equivalente a la alimentaria... [...] ASISTENCIA: Su objeto. La asistencia no se confunde con la ayuda; consiste en los cuidados personales que deben darse al cónyuge enfermo. Por tanto, es una *obligación de hacer*, en tanto que la de ayuda es *de dar*.²¹⁷

Mesmo após a separação, até para concretizar a separação judicial, continua a ligação entre o casal, pois a relação jurídica decorrente do casamento exige o contato pessoal das partes, o conhecimento mútuo – implicando interpessoalidade e subjetividade, diferentemente de uma relação jurídica objetiva contratual pautada pela impessoalidade entre os contratantes, como a situação do contrato de locação.

O vínculo não jurídico permanece ainda mais forte quando o casal tem filhos. A relação, em regra, continua mesmo após o divórcio, e não se desfaz nem após a maioridade dos filhos. Sua tendência é se tornar perene.

Existe um sentimento internacional de cumplicidade familiar, que faz com que um dos membros da família preste socorro ao outro, quando em estado de necessidade. Isso também se manifesta em relação aos avós para com seus netos. O sentimento de socorro fala alto, e a ajuda é prestada. Em momentos de necessidade, o dever moral se impõe mais forte do que a lei, manifestando-se através do amor ao próximo, um amor unilateral, sem contrapartida, e a ninguém é dado reclamar esse amor. Mas, no Brasil, a lei “atropela” o dever moral, e coage os avós a praticar atos que deveriam ser somente de amor, ameaçando-os até com prisão.

²¹⁷ PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. **Derecho Civil...**, p. 137. Trad. Livre da Autora: “AJUDA: Seu objeto e caráter. Para os esposos, o dever de ajuda consiste na obrigação que tem cada um de proporcionar a seu cónyuge tudo que lhe seja necessário para viver. Esta obrigação é equivalente aos alimentos... [...] ASSISTÊNCIA: Seu objeto. A assistência não se confunde com a ajuda; consiste nos cuidados pessoais que devem ser dados ao cónyuge enfermo. Portanto, a *assistência* é uma *obrigação de fazer*, enquanto que a *ajuda* é *obrigação de dar*. “

Quanto mais os avós mereceriam sossego e descanso – direito natural decorrente da idade avançada – mais os tentáculos da lei os alcançam lembrando a ocorrência de um dever de auxílio, muito mais próximo da obrigação legal do que um dever moral, o que não deixa de ser inquietante.²¹⁸

Por muitas vezes nos questionamos até que ponto vai a obrigação legal-constitucional de prestar alimentos, e onde inicia a liberalidade dos avós alimentantes.

Sergio Fernando de Vasconcellos Chaves manifesta em suas decisões o entendimento de que efetivamente os avós podem alcançar favores, mimos ou até alimentos naturais aos netos por mera liberalidade, sem que tal fato se constitua obrigação que possa ser exigida judicialmente.²¹⁹ Reitera, também, em seus julgamentos que os alimentos, até os decorrentes do *patria potestas*, não podem levar os pais a um “engessamento” ao ponto de privá-los de pequenos mimos aos filhos, presenteá-los, fazer alguma viagem de recreio com o alimentado. Existe o perigo de decisões condenatórias esgotarem a capacidade econômica dos alimentantes, a ponto de não lhes restar a mínima reserva financeira para a prática de qualquer atividade de lazer com os seus filhos ou netos.

A liberdade individual dos avós, sua liberalidade com relação ao neto resta sensivelmente prejudicada quando os alimentos fixados pelo Judiciário esgotam ou extrapolam sua capacidade econômica. Ao Estado – aqui representado pelo Judiciário – não é permitido invadir a vida, a economia e a alma dos avós de forma a compeli-los a um esforço hercúleo, além de seus limites, para o cumprimento de uma obrigação que, nessa dimensão, não é sua. Deve-se levar em conta a estrita conexão entre o princípio da dignidade humana e o direito geral de liberdade do

²¹⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. Prestação alimentícia..., p. 60.

²¹⁹ AÇÃO DECLARATÓRIA. ALIMENTOS *IN NATURA*. PEDIDO DE EXONERAÇÃO OU REDUÇÃO. DESCABIMENTO. 1. Não há falar em obrigação alimentar dos avós, quando inexistente qualquer título jurídico estabelecendo tal encargo. 2. A cessão de uso gratuito do imóvel para o neto e sua mãe morarem constitui mera liberalidade. 3. A única obrigação alimentar existente é a do pai de prestar alimentos *in pecunia* ao filho. 4. Tratando-se de mera liberalidade dos avós, não pode ser declarada como obrigação de prestar alimentos, nem é passível de revisão ou de exoneração. Recurso desprovido. Nº 70 022 301 659, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. 7ª CC TJRS.

indivíduo²²⁰, bem como do que efetivamente é o público e o que é o privado nessa esfera do Direito.

Diferentemente do que se possa esperar de outros temas jurídicos, tratar do que é público e privado, sob a ótica do Direito, não é tarefa que possa se traduzir num movimento automático de um abrir e fechar de gavetas, dispostas em institutos jurídicos previamente estabelecidos e suficientemente acondicionados em conceitos e expressões de linguagem seguras.²²¹

Perlingieri afirma que a própria distinção entre o público e o privado está em crise, sendo difícil individuar um interesse particular que seja completamente autônomo, independente, isolado do interesse público²²².

Ensina Aída Kemelmejer De Carluci²²³ que, entre o público e o privado, existem indicativos que podem sinalizar a validade da ingerência. O direito à vida familiar, como todo o direito, tem limites, não é absoluto. Para que se justifique a ingerência, é necessário que cumpram alguns requisitos, de acordo com o Tribunal europeu dos direitos humanos: estar prevista em lei; estar justificada uma necessidade social imperiosa; ser necessária em uma sociedade democrática e ter um fim legítimo. Para tanto, há que analisar três fatores: a) a natureza e a intensidade dos laços familiares invocados; b) o impacto que a medida estatal pode trazer sobre esses laços; c) o risco para a ordem pública criada pela situação que se busca solucionar por intermédio da ingerência.²²⁴

²²⁰ CACHAPUZ, Maria Cláudia. **Intimidade e vida privada no novo Código Civil brasileiro**: uma leitura orientada no discurso jurídico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006, p. 113.

²²¹ CACHAPUZ, Maria Cláudia. **Intimidade e vida...**, p.285

²²² PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito...**, p. 53.

²²³ CARLUCI, Aída Kemelmajer de. **Derechos de familia, Derechos Humanos y Derecho Comparado**. San José, 2006. Palestra proferida para magistrados.

²²⁴ O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, também conhecido como Tribunal de Estrasburgo, Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, ou TEDH, tem a sua sede em Estrasburgo. Foi criado em 1959, transformando-se num órgão permanente em 1º de novembro de 1998. Não é um órgão da União Europeia, contrariamente ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, mas uma jurisdição do Conselho da Europa. É composto por 47 estados-membros. A sua missão é de verificar

O Estado não deve se imiscuir nas relações familiares; no entanto essa intervenção é legítima quando visa a garantir o bem-estar social, a proteção da saúde física ou mental de quem se encontre ameaçado; cabe ao Estado proteger o cidadão contra tratamentos desumanos ou degradantes, e por isso há interesse público nos pleitos alimentares.

É grande a dificuldade em estabelecer limites entre o público e o privado, o “que é aparente e o que compõe a essência”. Pode-se, sim, tão somente “descrever o que é *dever* do Direito proteger, mas nunca, sem um devido consenso em concreto, especificar o que é, precisamente, o objeto da proteção”.²²⁵

Ensina Maria Claudia Cachapuz²²⁶ que perante uma determinada situação concreta, é difícil identificar se é um fenômeno que releve circunstância da vida privada ou intimidade de alguém, devendo por isso mesmo se manter na esfera privada, ou se merece visibilidade pública em razão do interesse público que lhe é reconhecido. Mas defende que é inegável a existência de um espaço na vida privada que não pode ser invadido, que deve ser livre de invasão de terceiros, mesmo que o terceiro seja o próprio Estado. Em sua obra, a autora exemplifica com decisão do STF, relatoria do Ministro Celso de Mello:

A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INTIMIDADE, EMBORA NÃO TENHA CARÁTER ABSOLUTO, NÃO PODE SER ARBITRARIAMENTE DESCONSIDERADA PELO PODER PÚBLICO. -O direito à intimidade – que representa importante manifestação dos direitos da personalidade – qualifica-se como expressiva prerrogativa de ordem jurídica que consiste em reconhecer, em favor da pessoa, a existência de um espaço indevassável destinado a protegê-la contra indevidas interferências de terceiros na esfera de sua vida privada. A transposição arbitrária, para o domínio público, de questões meramente pessoais, sem qualquer reflexo no plano dos interesses sociais, tem o significado de grave transgressão ao postulado constitucional que protege o direito à intimidade, pois este, na abrangência de seu alcance, representa o 'direito de excluir, do conhecimento de terceiros, aquilo que diz respeito ao modo de ser da

o respeito dos princípios da Convenção Européia dos Direitos Humanos. Seus julgamentos se limitam aos Estados que assinaram a Convenção.

²²⁵ CACHAPUZ, Maria Cláudia. **Intimidade e vida...**, p.286

²²⁶ CACHAPUZ, Maria Cláudia. **Intimidade e vida...**, p.100.

vida privada' (HANNA ARENDT). MS 23669 / DF – DISTRITO FEDERAL.MANDADO DE SEGURANÇA Relator(a): Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 08/02/2001 Publicação DJ 14/02/2001 P – 00017

Cabe analisar até que ponto pode/deve o Estado interferir nas relações entre avós e netos, nas questões alimentares, até onde vai o limite das relações privadas e onde inicia o público, o que diz a Constituição da República do Brasil a respeito, e as leis que existem no país regradando a matéria. Também merece um olhar mais cuidadoso a forma de participação dos avós na família, e seu efetivo papel, em um momento em que três gerações convivem simultaneamente.

É esse o objetivo da segunda parte deste trabalho.

2 A OBRIGAÇÃO ALIMENTAR DOS AVÓS E O (APARENTE) CONFLITO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTÁGIO ATUAL DO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO

2.1 O papel dos avós na dinâmica familiar

2.1.1 A participação dos avós na família e as repercussões da ruptura da sociedade conjugal dos filhos na esfera econômico-afetiva dos avós.

Conforme já mencionado anteriormente, a família, em *sentido lato*, é compreendida como todas as pessoas ligadas por vínculos de parentesco, casamento, união estável, afinidade e adoção – a “família linhagem”. Em *sentido estrito*, engloba o pai, a mãe e os filhos: é a “família nuclear” ou família conjugal, constituindo a sociedade paterno-filial. E em *sentido intermédio*, compõe-se pelo grupo de pessoas que vivem debaixo do mesmo teto, a “família-lar”²²⁷. Três teorias buscam esclarecer a natureza jurídica da família: pessoa moral, organismo jurídico e instituição. Como “pessoa moral”, à família são atribuídos direitos morais e patrimoniais. Como organismo jurídico, cada membro ocupa uma posição distinta e especial, sujeitando-se ao interesse familiar, da mesma forma que no Estado os indivíduos são interdependentes e sujeitos ao Estado. Com a instituição, existe uma idéia de obra – ou de empresa – que se realiza e permanece no meio social mediante um poder que a realiza, “havendo entre os indivíduos que formam o meio

²²⁷ SANTOS, Eduardo dos. **Direito de família...**, p. 13.

social manifestações de comunhão dirigidas pelos órgãos do poder e reguladas por processos.”²²⁸

Na família se concilia a independência do indivíduo com o vínculo familiar; a independência e liberdade do indivíduo com estreita união e solidariedade familiar.

Fundamentalmente, duas concepções, colocadas em polos opostos, visam a esclarecer o fundamento da sociedade familiar: a *contratualista* (subjetivista), representada por Kant, e a *objetivista*, representada por Hegel. A *contratualista* dá preferência à vontade dos membros de uma mesma família; a *objetivista* pretende que o indivíduo se integre à família por força de uma ordem ético-social, impondo limites à liberdade. A associação (primeira) e a ordem comunitária (segunda) se opõem.

Eduardo dos Santos²²⁹ aponta rol de atribuições da família, entre as quais a função econômico-doméstica, criação e educação dos filhos, convivência social interna e amparo dos velhos.

A família passou por muitas crises, paralelamente ao crescimento global. A economia industrial substituiu a economia agrária. Os papéis²³⁰, por consequência, também se modificaram. O papel profissional, o papel doméstico e o papel educativo já não mais se atêm ao sexo e à idade. A família moderna está ocupando o lugar da família tradicional. A figura do “provedor”, originário do *pater familias* romano, que tinha poder de vida e morte de seus dependentes, deu lugar a cada dia mais firme disputa pela igualdade de gênero no mercado de trabalho, resultando na divisão da responsabilidade na criação dos filhos, inclusive sob o aspecto material. Homens e mulheres se tornam iguais em direitos e obrigações. Mudou o enfoque: não mais é o indivíduo que existe para a família e o casamento, mas a família e o casamento que existem para o indivíduo²³¹. Os componentes da família adquiriram o direito moral à

²²⁸ SANTOS, Eduardo dos. **Direito de família...**, p. 18-20.

²²⁹ SANTOS, Eduardo dos. **Direito de família...**, p. 24-25, faz referência ao rol organizado por F.C. MÜLLER LYER, em sua obra *La família*.

²³⁰ “O papel é um conceito psico-sociológico que se traduz num conjunto de direitos e obrigações ligados ao estatuto do indivíduo num dado grupo social.” SANTOS, Eduardo dos. **Direito de família...**, p. 27.

²³¹ SANTOS, Eduardo dos. **Direito de família...**, p. 26-28.

felicidade. Se o casamento não deu certo, o divórcio – antes proibido – é a solução, com o direito à busca incessante da felicidade conjugal.

Com o avanço da ciência, as técnicas em medicina, a melhoria na qualidade de vida²³², a longevidade é o resultado que está estatisticamente demonstrado. Assim, aumenta o número de pessoas mais velhas, aumentam os avós, que estão comparativamente aos avós de cinco décadas atrás, cada vez mais saudáveis, mais dispostos, mais economicamente ativos, o que aumenta a convivência entre gerações.

O aumento demográfico de maiores de sessenta anos é um fenômeno mundial que lança novos desafios à sociedade contemporânea. A expectativa de vida melhorou consideravelmente. O Plano Internacional de Madrid sobre o envelhecimento, 2002, da ONU destaca em sua introdução que se prevê para meados do século XXI que o percentual de jovens e velhos no mundo seja igual. Dessa forma, o percentual de pessoas com mais de 60 anos se duplicará entre os anos 2000 e 2050.

Com a longevidade constatada nos censos²³³, e a previsão de se estender a velhice, a atenção da Psicologia, já voltada para a infância e juventude, passou também a se voltar para a idade adulta e a velhice.

O sistema não só da Psicologia como também do Direito passou a ter o produto da convivência entre as gerações como objeto de estudos e abordagens,

²³² Heloísa Helena Barboza conceitua “qualidade de vida” como “a percepção que o indivíduo tem de sua posição na vida dentro do contexto de sua cultura e do sistema de valores de onde vive, e em relação a seus objetivos, expectativas, padrões e preocupações. BARBOZA, Heloisa Helena. O princípio do melhor..., p. 69.

²³³ Segundo o IBGE, na região Sul, a esperança de vida média para as pessoas nascidas em 1980 é de 65,34 anos, sendo que para os nascidos em 2000 aumentou consideravelmente para 71,03 anos. A população com idade de 60 a 69 anos também aumentou: em 1980 eram 4.474.511, e em 2000 já se encontram em 8.182.035 em todo o Brasil. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Diretoria de Pesquisas. Coordenação de População e Indicadores Sociais. **Projeção da população do Brasil por sexo e idade para o período 1980-2050, estimativas anuais e mensais da população do Brasil e das unidades da federação: 1980–2020, estimativas das populações municipais.** Rio de Janeiro: IBGE, out. 2004. Disponível em: <http://www.mps.gov.br/arquivos/office/4_081010-120048-289.pdf>. Acesso em: 11 out. 2009. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Perfil dos Idosos Responsáveis pelos Domicílios no Brasil.** Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/perfilidoso/default.shtm>>. Acesso em: 11 out. 2009.

podendo-se dizer que o Direito atual está vivendo um fenômeno demográfico, ao qual se poderia denominar de “multigeneracionismo”.²³⁴ Esse fenômeno se caracteriza por vários aspectos: populacionais, econômicos e culturais. Sob o ponto de vista populacional, é configurado por a) coexistência de quatro ou três gerações de pessoas componentes de uma mesma família: bisavós, avós, pais e filhos; b) convivência de duas gerações sucessivas de pessoas envelhecidas e vinculadas por laços de família, como filhos de sessenta anos e pais que já ultrapassaram os oitenta; c) convivência de duas gerações alternadas da família: avôs e netos.²³⁵

Instala-se, então, cada vez mais a possibilidade de convivência entre três ou mesmo quatro gerações, com seus ganhos e com suas incertezas. As funções avoengas passam a compor definitivamente o quadro familiar, desde a participação construtiva na vida do grupo, aos conflitos perturbadores no plano afetivo, parte dos quais é conduzida ao Judiciário.²³⁶

Na visão da doutrinadora argentina Maria Isolina Dabove²³⁷, no plano econômico o multigeneracionismo se desenvolve como um processo de crescente dependência, com uma complexa rede distributiva de recursos, que tende a atribuir ao mais jovem o papel provedor. Bisavós e avós com magras aposentadorias e pensões, filhos integrados ao mercado de trabalho, que auxiliam seus ascendentes, e netos jovens que se preparam para tanto. Quanto à primeira parte da afirmativa, confere com o que se passa no Brasil, mas a realidade nacional não é a mesma no que toca à ordem de provimento econômico. Ao contrário da Argentina, no Brasil o pai tende a se furtar de manter o seu próprio filho, que por sua vez vai demandar alimentos do avô. Esse avô, mesmo aposentado, pensionista, ainda assim mantém muitas vezes o filho que não trabalha, a nora que se acomoda, e os netos que se

²³⁴ DABOVE, Maria Isolina. Derecho y multigeneracionismo: los nuevos desafíos de la responsabilidad jurídica familiar en la vejez. **Derecho de familia**: Revista Interdisciplinaria de doctrina y Jurisprudencia, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, n. 40, p. 39-54, jul./ago. 2008.

²³⁵ DABOVE, Maria Isolina. Derecho y multigeneracionismo..., p. 39

²³⁶ SOUZA, Ivone Maria Coelho de. Papéis avoengos..., p. 166.

²³⁷ DABOVE, Maria Isolina. Derecho y multigeneracionismo..., p. 39/40.

encontram nesse contexto de abandono parental – não só econômico mas também afetivo –, compartilhando com todos sua parca aposentadoria, e com isso passando privações.

Com a convivência, surgem também os litígios. Nessa reunião de família de muitas gerações, reunida pelo afeto, ocorre a quebra da harmonia até então preservada, e têm início as disputas que passam pela polícia e vão parar no Judiciário, “como se pela contenda afinal pudesse redefinir, repartir e multiplicar afetos em torno dos mesmos objetivos de amor e preservação”.²³⁸

Há que destacar que, por disposição constitucional²³⁹, é também obrigação do Estado a manutenção dos cidadãos, da criança, do adolescente. No entanto, no Brasil, o Estado é omissivo. Não cumpre seu papel, apesar de ser um dos países com a mais alta taxa de impostos do mundo.²⁴⁰ Não é o caso da França, que tem um sistema operante e eficaz, com programas de auxílio às famílias necessitadas, prestações familiares, auxílio-moradia, cuidados médicos etc.²⁴¹

Nos Estados Unidos, o número de netos que vivem na casa dos avós é significativo. Em 1996, cinco milhões de crianças estavam nessa situação.²⁴² No Brasil, além do multigeneracionismo, da convivência na mesma casa entre três ou quatro gerações, está a demanda alimentar contra os avós muito em prática, conforme se vê de nossos tribunais. As causas são as mais variáveis, como a insuficiência econômica dos pais, o desinteresse pelo trabalho, o ócio, as

²³⁸ SOUZA, Ivone Maria Coelho de. Papéis avoengos..., p. 166.

²³⁹ Constituição Federal. Art. 227. “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.” Art. 230. “A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.”

²⁴⁰ A alíquota do IPI sobre a cerveja e o chope, por exemplo, é de 40%, e sobre o cigarro é de 330%. Fonte <http://www.receita.fazenda.gov.br/Alíquotas/DownloadArqTIPI.htm> A arrecadação com o imposto de renda também é alta: em 2002 o Estado arrecadou R\$ 85.802 milhões com o imposto de renda total. Fonte <http://www.receita.fazenda.gov.br/Historico/Arrecadacao/Historico85a2001.htm>

²⁴¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. Prestação alimentícia..., p. 58.

²⁴² LEITE, Eduardo de Oliveira. Prestação alimentícia..., p. 57.

separações e divórcios (a lei do divórcio foi introduzida no Brasil em 1977), e a monoparentalidade,

A Lei do Divórcio, em 1977, propiciou novo casamento, e a conseqüente possibilidade de a concubina resgatar sua dignidade, assumindo o papel de esposa tanto de fato como de direito; a Constituição Federal de 1988 legitimou a família constituída pela união livre, referendando a *dignidade* à companheira, ampliando e alterando a própria concepção de família.

Também nas modificações constitucionais foi recepcionado o fenômeno social de agrupamentos familiares formados por um dos ascendentes e seus descendentes, sem necessidade de haver um par. O artigo 226, § 4º, da Constituição Federal estabeleceu: “Entende-se, também, como entidade familiar, a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.”

Conforme Eduardo de Oliveira Leite,²⁴³ é o aspecto econômico que vai determinar a permanência ou a instabilidade da união, quando o fator econômico ocupa lugar importante ou decisivo na relação entre homem e mulher. Onde há efetiva manutenção da mulher e dos filhos, o “provedor” tende a se firmar na posição de “marido” e “chefe”. Se não existe ou é insuficiente a manutenção, o risco de o homem ser substituído por outro “provedor” melhor do que ele aumenta na proporção do não preenchimento do papel que lhe é atribuído pela comunidade.

A monoparentalidade se relaciona principalmente a mães solteiras, ou, excepcionalmente, a pais que pretendem assumir, sozinhos, sua maternidade ou paternidade; também a divorciados, separados, viúvos, filhos sem pai. Tudo o que nega as situações de normalidade previstas pelo Código Civil ao se referir à família “legítima” leva à monoparentalidade.²⁴⁴

A monoparentalidade impulsiona as mulheres que não contam com um homem como provedor – marido ou companheiro – a se engajarem na força de trabalho, pois precisam elas, então, sustentar seus descendentes. O problema de

²⁴³ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais...**, p. 147.

²⁴⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais...**, p. 20.

ordem econômica que decorre dessa situação é grave. As mulheres, abandonadas pelos pais de seus filhos, são tomadas de surpresa pela nova realidade. Até então, ficavam *no lar*, sem qualquer qualificação para o trabalho, cuidando das lides domésticas, lavando as roupas, limpando a casa, e *guardando*²⁴⁵ pela situação moral e administrativa da família, como *auxiliar do chefe*²⁴⁶ da sociedade conjugal. As mulheres que pertencem a classes menos favorecidas economicamente costumam executar elas próprias as tarefas caseiras, e as mais privilegiadas economicamente têm à sua disposição empregadas domésticas, cujo salário é pago pelo marido “provedor”.

A família monoparental, recepcionada pela Constituição Federal, reflete a realidade atual; mas mesmo assim não há como negar que a família é fragmentada. Muitos problemas jurídicos decorrem dessa nova composição: pretensão a alimentos, regulamentação de visitas, disputa pela guarda de filhos, entre outros.

Nas categorias sociais mais esclarecidas, de nível cultural mais elevado, a tendência da mulher que termina uma relação afetiva é ficar só e sustentar, ela mesma, a sua família, dispensando a presença do pai do filho. Conforme dados fornecidos pelo DIEESE²⁴⁷, em 1995, 22,9% dos chefes de família eram mulheres, e 77,1% , homens. Em 1999, o percentual feminino aumentou para 26%, contra 74% de chefes de família homens.

Na maioria das situações de separação, os pais deixam de desempenhar o papel que exerciam até aquele momento, pagam uma pensão alimentícia, e entendem assim cumprir sua obrigação paterna para com os filhos, desligando-se de qualquer outra obrigação moral ou emocional. E, muitas vezes, sequer os alimentos alcançam aos filhos.

²⁴⁵ Conforme determinava o art. 240 do Código Civil de 1916, no capítulo que trata dos direitos e deveres da mulher: “A mulher, com o casamento, assume a condição de companheira, consorte e *colaboradora* do marido nos encargos de família, cumprindo-lhe *velar* pela direção material e moral desta.” (Grifo da autora).

²⁴⁶ Nos termos do art. 233 do Código Civil, “o marido é o *chefe* da sociedade conjugal, função que exerce com a *colaboração* da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos.” (Grifo da Autora).

²⁴⁷ BOLETIM DIEESE, São Paulo: Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos, n. especial dia internacional da mulher, mar. 2001, p. 2.

No celibato maternal, conforme Eduardo de Oliveira Leite,²⁴⁸ existe uma graduação tipológica na opção monoparental, com quatro categorias distintas:

a) as “mulheres planejadoras”: optam pela maternidade celibatária e planejam todos os detalhes desde antes do nascimento do filho;

b) as “monoparentais em potencial”: mesmo casadas, já evidenciavam comportamento de monoparentalidade. Compõem-se por separados, divorciados ou viúvos e mães divorciadas, que só não ficaram mães solteiras em respeito às convenções sociais;

c) as “idealistas”: vivem a “paixão” mesmo que destrutiva, e vivem o filho como mera consequência da paixão;

d) as “vítimas”: viúvas, separadas, divorciadas ou solteiras – queriam ser dois para criar os filhos, mas as circunstâncias as levaram a ficar sozinhas.

As mulheres lideram a maioria das famílias monoparentais. Optam pela maternidade solitária por várias razões: desejo biológico, intenção de guardar lembrança do homem amado ou compensação da perda de um amor perdido. Essa opção ocasiona problemas de ordem psicológica e de ordem econômica, o que leva, com frequência, à procura do pai, para colaborar economicamente. O pai da criança, geralmente, não responde a essa busca de forma voluntária, resultando daí os litígios judiciais na área alimentária: ações de alimentos, majorações, execuções, revisões de cláusulas. O grau de escusa paterna chega ao ponto de o pai reivindicar a guarda do filho somente para não ser compelido ao pagamento mensal de alimentos.

Na relação monoparental não há “troca” de afeto, mas direcionamento único, pois o filho é compelido pela própria mãe a uma disponibilidade e dependência penosa e abusiva em relação a ela. O relacionamento afetivo mãe-filho é insuficiente. A monoparentalidade feminina gera solidão física e psíquica. Com isso, a vida sexual da mulher pode até ficar anulada, ou porque se estabelece uma

²⁴⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais...**, p. 76-79.

dependência afetiva exagerada da mãe para com o filho e vice-versa, ou porque a sexualidade da mulher, como defesa, passa a ocupar um espaço de menor importância.²⁴⁹

A monoparentalidade feminina pode ter sido escolha da mulher, ou não: uma consequência de fatos da vida, como a ruptura do casamento ou da união, ou, ainda, a própria viuvez.

Os avós ocupam papel secundário na codificação brasileira e só assumem um papel quando surgem os problemas na família, exercendo uma “função providência”:

[...] quando e onde a família “funciona bem” (leia-se de acordo com a previsão legal e as expectativas sociais) são os pais os responsáveis primeiros pelos filhos; quando e onde a família manifesta-se fragilizada ou vulnerável, resgata-se a figura dos avós para manutenção do “status quo” exigido pela sociedade e pelo Direito.²⁵⁰

Na atualidade, quando mais se fragilizam os laços paterno-materno-filiais, mais os avós vão ocupando um novo lugar na família, lugar esse decisivo tanto para seus filhos quanto para seus netos, não somente na parte afetiva, mas principalmente na parte econômica.

A ruptura da sociedade conjugal do filho faz com que sejam reforçados os laços de família, notadamente com relação aos ascendentes – os avós. Em uma atitude explicável e lógica, pois sabem que ali terão o seu “porto seguro”, o componente do par, separado, busca refúgio e proteção no seio de sua família, em seus pais – os avós dos filhos. Ocorre, então, em muitos casos, uma “reaproximação geográfica”²⁵¹, em que os avós recebem os filhos em processo de divórcio em sua casa, ou vão eles, os avós, para a casa dos filhos para dar aos filhos e aos netos um

²⁴⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**..., passim.

²⁵⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. Prestação alimentícia..., p. 53/54.

²⁵¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. Prestação alimentícia..., p. 64.

necessário suporte para o novo cotidiano. O distanciamento da família provocado pelo casamento do filho sofre uma reviravolta, pois mais uma vez o filho se aproxima de sua família original. Além disso, no torvelinho da separação dos pais, no desfazimento do grupo familiar nuclear, os netos necessitam de um referencial forte de família para sentir, de novo, a segurança de um lar: então, refugiam-se nos avós.

Porém, nem só o apoio moral é pretendido pelos filhos que se separam. E os avós não são contemplados somente com a presença física e o afeto dos netos. Há um outro lado, mais doído, mais sofrido: os netos, sem o saber, sem autorizar a utilização de seus nomes, tornam-se sujeitos de um processo litigioso contra os avós que tanto amam. As mães, representando seus filhos, demandam alimentos contra os pais de seu marido, os avós paternos de seus filhos. E, muitas vezes, ao mesmo tempo em que solicitam dos avós o sustento, refutam a sua companhia – por vezes, a proíbem!²⁵²

Salientando a condição de gênero na mulher, Langer (Langer, Marie Maternidad y Sexo Buenos Aires Editorial Paidós, 1976) discorre sobre os atritos sogra-nora-filho como remanescente do Édipo original, onde os vértices agora estariam deslocados e contribuiriam para o desencadear da lide. A primeira, figura feminina em crise vital, mais inclinada a demonstrações de lutos pelas perdas sofridas, inclusive as simbólicas, pode ser também a mais atingida pelos conflitos que se desenvolvem na família trigeracional. Além disso, é comum estatisticamente que a mulher sobreviva ao marido e que esta avó, solicitada em juízo, conserve uma quase indefensabilidade, como parte do que já anteriormente viveu em termos de submissão ou omissão ligados ao gênero. Seus encargos agora se complicam, e a administração da economia, antes afeita ao marido, se põe sob

²⁵² Representação criminal da nora contra a sogra, que, na rua, foi acenar para o neto na frente de sua escolinha. “em relação à alegada omissão acerca da abstenção da parte [...] de busca de contato com o neto na Escola [...], lembro que as tratativas de conciliação envolveram também tal circunstância, motivando inclusive que o Juízo orientasse as partes a buscar o quanto antes, o reconhecimento do direito que entendem possuir em relação à visitação ao neto ou sua proibição na esfera judicial apropriada, razão pela qual entendo em consignar também que àquele compromisso de respeito aliado à orientação judicial e à solicitação do procurador da vítima sobre a desnecessidade de qualquer contato pessoal entre as partes, e ante a negativa da visitação ao neto, prudente que se estenda à Escola referida enquanto não houver provimento judicial naqueles pleitos já referidos.” (Despacho em resposta a Embargos de Declaração Proc. Crim. 2.06.0046434-3 – P.Alegre).

ameaça, real ou fantasiosa.²⁵³ De todos os jeitos, um impasse para a mãe/avó, premida pelas novíssimas formas de sustentar a família.²⁵⁴

A fragilidade das famílias monoparentais femininas é um fenômeno constatado mundialmente. Muitas vezes a mulher é levada à reconciliação ou a uma nova união somente para se reorganizar economicamente. Ainda a possibilidade de uma nova união está diretamente ligada ao número de filhos que a mulher traz, pois nem sempre os homens se sentem atraídos por mulheres com filhos de união anterior, quase sempre fonte de inevitáveis atritos entre o casal, e sempre um aumento considerável de gastos – o que está sendo objeto de estudos por intermédio da “família reconstituída”.

O sistema jurídico brasileiro é duro para com os avós e não lhes dá a proteção devida. Se a lei não especifica os limites da obrigação avoenga, ou se os deixa em aberto a interpretações, os julgadores não hesitam em determinar uma responsabilidade ilimitada aos avós, como se pais fossem. E as demandas alimentares se multiplicam: algumas partem de real necessidade; outras, simulando necessidade, são o resultado de irresistível sede de vingança contra a família daquele que abandonou mulher e filhos. E os artigos 1.696 e 1.698 do Código Civil são aplicados sem qualquer pudor ou constrangimento contra os avós. Pelo próprio contexto, por sua idade, por sua história de vida, são os avós aposentados²⁵⁵ os que mais sofrem as consequências das ações de alimentos, pois alvos fáceis e práticos. Justamente em um momento de sua existência em que poderiam e deveriam colher os frutos de toda uma vida de plantio, são brutalmente atingidos pela “dura lei”, que

²⁵³ Os demógrafos consideram o maior contingente de velhos representado por mulheres, como “feminilização” da velhice.

²⁵⁴ SOUZA, Ivone Maria Coelho de. Papéis avoengos..., p. 7.

²⁵⁵ Decisão que desproveu apelação da avó, aposentada, pensionista, condenada a prestar alimentos ao neto em um salário mínimo: AC nº 70024470965 8ª CC TJRS . [...] No que tange às possibilidades econômicas da apelante, verifica-se que a mesma possui condições de custear a verba alimentar fixada em um salário mínimo nacional. Maria Helena alega precárias condições econômicas de custear a verba alimentar. Entretanto não traz aos autos qualquer prova do alegado, ônus que lhe incumbia. Ao contrário, o conjunto probatório coligido demonstra que a apelante é pensionista do INSS, não possui obrigação de pensionar outros netos, bem como quaisquer despesas extraordinárias que justifiquem tal impossibilidade. Assim, ainda que a prova dos autos não demonstre as reais possibilidades da apelante, não há qualquer razão para afastar o pensionamento fixado em um salário mínimo (Rel. Des. Alzir Schmitz).

lhes toma, compulsoriamente, e em regra liminarmente, uma boa parte de seus proventos.

Há situações nas ações de alimentos em que se constata que o alimentando, embora reúna plenas condições para o exercício de atividade laboral remunerada, não quer trabalhar; se estuda, alega que o trabalho prejudicará seus estudos; se não estuda, alega que “não encontra trabalho”, esquecendo-se de que somente se “encontra” aquilo que se “procura”. Sua autorresponsabilidade está em crise. Sem dúvida, cada caso merece uma análise, mas o trabalho não está nem proibido nem aliciado das atividades estudantis. Quem não tem condições econômicas fartas deve desde cedo começar a prover o seu próprio sustento, e se o devedor de alimentos também não tem uma vida folgada economicamente, não se pode exigir *dele* sacrifícios desumanos, porque o filho ou neto não gostaria de trabalhar concomitantemente a seus estudos.

A diferenciação entre os alimentos civis e naturais não está prevista em nosso Código Civil, contrariamente ao que ocorre na Itália, Argentina e Chile, mas “na prática sempre ocorreu, de forma virtual – transparente, existe, mas não se vê, pois sem repercussão”²⁵⁶ A doutrina é que se ocupa de sua conceituação e definição.

Também há situação de pais que se eximem da responsabilidade parental e resolvem jogar para cima dos avós toda a responsabilidade que, por lei, é sua. Não exercem a paternidade responsável. Não a exerceram, por vezes, desde sua gênese – a gravidez, muitas vezes não desejada, sem qualquer planejamento familiar. O Estado, por sua vez, é omissivo nas políticas públicas de responsabilidade familiar. As pessoas não são devidamente informadas da sexualidade e da contracepção. E os genitores se omitem, comodamente, preferindo transferir para os seus próprios pais – os avós – o ônus alimentar dos netos. Não trabalham por opção de *não querer*, que caracteriza uma “culpa” omissiva. Quando os pais se põem a pedir alimentos em nome de seus filhos (os netos) para os avós, está evidenciada aquela “culpa” que o Código Civil prevê no § 2º do artigo 1.694²⁵⁷, ao determinar que os alimentos

²⁵⁶ CAHALI, Francisco José. Dos alimentos..., p. 183.

²⁵⁷ Art. 1.694, § 2º: Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.

devem, nessa hipótese, se limitar somente aos “naturais”, e não aos “civis”, pois a ociosidade é uma forma de ato omissivo culposos.

2.1.2 Da reciprocidade da obrigação alimentar entre avós e netos e as peculiaridades da obrigação avoenga

Diversamente do que ocorre no Brasil, nos sistemas codificados europeus, notadamente na França, a eventual responsabilidade alimentar dos avós não resulta de imposição legal, mas de um dever de ordem moral²⁵⁸. Nesses países, a responsabilidade dos avós está situada no mesmo grau que dos demais membros da família, sem destaque, enquanto no Brasil é impositiva e expressa a determinação de prestação de alimentos por parte dos ascendentes – avós –, conforme artigos 1.696 e 1.698 do Código Civil, e anterior aos colaterais – irmãos.

Em Portugal, são obrigados a alimentos, reciprocamente, os cônjuges, os ex-cônjuges, os descendentes, os ascendentes, os irmãos, os tios para com o alimentando durante sua menoridade, e o padrasto e a madrasta com relação aos enteados menores que estejam ou estiveram por ocasião da morte do cônjuge sob o seu encargo.²⁵⁹ O direito português atende à analogia sucessória para definir os obrigados a alimentar: aquele que tem direito sucessório, tem obrigação alimentar relativamente às pessoas das quais em tese pode herdar. “*Ubi est emolumentum*

²⁵⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. Prestação alimentícia..., p. 60.

²⁵⁹ “Artigo 2009. (Pessoas obrigadas a alimentos) 1. Estão vinculados à prestação de alimentos, pela ordem indicada: a) o cônjuge ou o ex-cônjuge; b) os descendentes; c) os ascendentes; d) os irmãos; e) os tios, não tendo o alimentando mais de 16 anos de idade. 2. Entre as pessoas designadas nas alíneas b) e c) do número anterior, a obrigação defere-se segundo a ordem da sucessão legítima. 3. Se algum dos vinculados não puder prestar os alimentos ou não puder saldar integralmente a sua responsabilidade, o encargo recai sobre os onerados subseqüentes.” “Artigo 2010. (Pluralidade de vinculados) 1. Sendo várias as pessoas vinculadas à prestação de alimentos, respondem todas na proporção das suas quotas como herdeiros legítimos do alimentando. 2. Se alguma das pessoas assim oneradas não puder satisfazer a parte que lhe cabe, o encargo recai sobre as restantes.” PORTUGAL, Código. **Código Civil português**. Coimbra: Almedina, 1967.

*successionis, ibi est onus alimentorum*²⁶⁰ A regra sucessória é seguida à risca, tendo os portugueses a pronta resposta para a obrigação alimentar entre todos os obrigados, inclusive os ascendentes: o grau mais próximo exclui o mais remoto, exatamente como em seu direito sucessório. No entanto, prevê também a hipótese de, se o mais próximo em grau não puder atender ao encargo na parte que lhe cabe, serem chamados os mais remotos. (art. 2.009 e 2.010, CCP). Nessa esteira, na falta de cônjuge ou ex-cônjuge, são chamados à obrigação primeiramente os descendentes, e depois os ascendentes, seguindo a ordem da sucessão legítima portuguesa (art. 2.009 nº 1, al. c). Em sendo o credor menor, especialmente os pais têm igualdade de obrigação (art. 1.874 e 1.878, nº 1).

No direito brasileiro, tem-se que, nos termos do art. 1.696, o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, “e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.”

Evidencia-se pela explicitação do artigo em questão que também existe uma clara hierarquia na ordem de prestar alimentos, iniciando-se pelos parentes mais próximos em grau, linha reta – ascendentes. Assim, se faltam os pais, a obrigação passa aos avós; se faltam estes, os bisavós.

Estudos realizados na França²⁶¹ demonstram que os avós, que têm a seu favor a obrigação alimentar por parte de seus descendentes, não costumam exercer judicialmente esse direito, seja pelo receio de quebrar a afetividade que ainda creem existir em seus descendentes, seja pela necessidade psicológica de demonstrar autossuficiência, apesar de estarem em situação de necessidade.

Existe uma lógica na ordem sucessória, que chama primeiro os descendentes para posteriormente chamar os ascendentes²⁶², que também poderia ser observada

²⁶⁰ “Onde está o proveito da sucessão, ali está o ônus alimentar.”

²⁶¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. Prestação alimentícia..., p. 69. Notícia estudos realizados pelo CNRS, Centre National de La Recherche Scientifique, equivalente ao CNPQ no Brasil.

²⁶² Código Civil. Art. 1.829. “A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I – aos descendentes [...]; II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III – ao cônjuge sobrevivente; IV – aos colaterais.”

relativamente ao dever alimentar. No entanto é exatamente o contrário que ocorre com a obrigação alimentar, conforme o artigo 1.697 do Código Civil brasileiro : “Na falta dos ascendentes, cabe a obrigação aos descendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta dos outros.”

Se a similitude das regras sucessória e alimentar fosse específica para os alimentos decorrentes do poder familiar – *patria potestas* – não se poderia opor qualquer óbice, pois, nesse caso, os filhos menores de idade, a quem os pais têm o dever ilimitado de criar e educar, podem e devem recorrer a seus ascendentes. No entanto, em se tratando de pessoa maior de idade, como, por exemplo, um homem com 55 anos em estado de necessidade, entre demandar o seu pai com 80 anos, e seu filho com 35 anos, mais lógico demandar o filho do que o pai. E isso seria pela própria lei da natureza: o pai, velho com 80 anos, já criou o filho e talvez tenha ajudado a criar o neto; já cumpriu o seu papel moral, social e legal. O neto, por sua vez, jovem de 35 anos, já recebeu muito de seu pai e provavelmente de seu avô: seria hora de demonstrar seu agradecimento, de praticar a reciprocidade, de ele também cumprir o seu papel de parente em linha reta, ajudando o seu próprio pai, de forma a aliviar a velhice de seu avô. Mas não é isso que determina o artigo 1.697 do Código Civil brasileiro. Correto o raciocínio dos franceses, para quem a obrigação alimentar pode ser exercida pelos avós contra os netos, mas não prevê que os netos devam demandar os avós! Para eles, somente os descendentes têm obrigação para com os ascendentes, conforme determina o artigo 205 do Código Civil francês: “Lês enfants doivent des aliments à leurs père et mère ou autres ascendants qui sont dans le besoin”.²⁶³

Muito embora o legislador tenha concretizado sua intenção de obrigar os ascendentes à prestação alimentar, há uma grande diferença entre a mera *obrigação moral* e o *dever legal* de prestar alimentos. Os avós são coagidos a prestar alimentos; não lhes é possibilitado o exercício da solidariedade familiar no

²⁶³ Os filhos devem alimentos a seu pai e sua mãe ou outros ascendentes que estejam em situação de necessidade. “Com o advento da Lei n. 72-3, de 3 de janeiro de 1972, aquele dispositivo passou a ter nova redação: ‘As obrigações resultantes destas disposições (alimentares, no caso) são recíproca’ A partir de então, o direito francês passou a admitir a inserção dos avós, nos processos familiares, quer na situação de credores (originariamente previsto no art. 205) quer como devedores.” LEITE, Eduardo de Oliveira. Prestação alimentícia..., p. 63.

aspecto afetivo²⁶⁴, que parte do afeto para refletir em dádivas materiais. A obrigação legal, exercitada pelos netos, leva ao constrangimento de quem pede e à coação de quem alcança – porém sem nenhum afeto.

Este é um dado ainda não suficientemente refletido pelo legislador e que cria situações insustentáveis, extremamente embaraçosas e penosas nos processos dessa natureza. Quem milita nas Varas de Família pode bem apreciar o que se está aqui afirmando. Nem as partes conseguem manter sua naturalidade, nem os advogados, nem tampouco o Juiz. A audiência transcorre num clima de perplexidade, desconfiança e muita revolta.²⁶⁵

Já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

Recurso Especial. Direito de Família. Alimentos. Responsabilidade dos avós. Reexame de provas. 1 – A responsabilidade dos avós de prestar alimentos aos netos não é apenas sucessiva, mas também complementar, quando demonstrada a insuficiência de recursos do genitor. 2 – Tendo o Tribunal de origem reconhecido a possibilidade econômica do avô e a insuficiência de recursos do genitor, inviável a modificação da conclusão do acórdão recorrido, pois implicaria revolvimento do conjunto fático-probatório. Recurso especial não conhecido.²⁶⁶

A doutrina brasileira é unânime ao se posicionar em torno de uma premissa básica: em primeiro lugar, a obrigação alimentar é recíproca entre pais e filhos, e secundariamente – suplementarmente – extensiva aos demais ascendentes,

²⁶⁴ “La solidaridad asistencial puede traducirse en ayuda material o en ayuda moral o en ambas a la vez, incluyendo la plegaria respecto del creyente. El apoyo moral, el escuchar las angustias e infortunios del desventurado, la ayuda presencial que alivie el sufrimiento, compartiendo el dolor, la ansiedad, la congoja del familiar (...) FANZOLATO, Eduardo Ignacio. *Derecho de Familia*. Tomo I, Editorial Advocatus, Córdoba, Argentina, 2007, Cap. XIV, p. 245.

²⁶⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Prestação alimentícia...*, p. 70.

²⁶⁶ STJ – 3ª T. REsp. 579.385-SP, Rel. Min. Nancy Andrichi, 26.08.2004)

recaindo a obrigação nos ascendentes mais próximos. Somente depois é que devem ser chamados os mais remotos.²⁶⁷

A tendência à pacificação do tratamento dispensado pela doutrina e jurisprudência à questão da obrigação alimentar dos avós no que diz respeito aos parentes mais próximos afastarem os mais remotos não significa que a questão esteja extirpada de questionamentos e dúvidas a respeito, mas, sim, que houve um denominador comum com relação à existência de uma responsabilidade, que, sem dúvida, é subsidiária e complementar. A jurisprudência tem confirmado de forma veemente a suplementação dos alimentos pelos avós, inclusive o Superior Tribunal de Justiça²⁶⁸, mas de forma excepcional e transitória, “de modo a não estimular a inércia ou acomodação dos pais, sempre primeiros responsáveis.”²⁶⁹

A “complementaridade” na matéria alimentar é uma questão na qual se situa um dos pontos nevrálgicos da responsabilidade alimentar dos avós. Várias indagações surgem:²⁷⁰ no *que* se constitui, de fato, essa “complementaridade; até que ponto deve o avô ou avó acrescentar aos alimentos do neto os alimentos que

²⁶⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. Prestação alimentícia..., p. 71.

²⁶⁸ STJ. Família. Alimentos. Avós. Obrigação complementar. Precedentes do STJ. CCB, art. 397. CCB/2002, arts. 1.696 e 1.698. “Os avós, tendo condições, podem ser chamados a complementar o pensionamento prestado pelo pai que não supre de modo satisfatório a necessidade dos alimentandos.” (STJ - Rec. Esp. 119.336 - SP - Rel.: Min. Ruy Rosado de Aguiar - J. em 11/06/2002 - DJ 10/03/2003.

²⁶⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. Prestação alimentícia..., p. 76.

²⁷⁰ Em decisão da 8ª Câmara Cível do TJRS, a maioria não adotou linha que se considera equivocada, pois entende pelo tratamento igualitário, o que obriga o avô a auxiliar, compulsoriamente, o outro neto. “Não vejo razão de ajuda a um neto e total inércia em relação a outro. [...] Ora, se a apelante tem condições de ajudar um dos seus netos, dizer que ela não pode auxiliar outro neto, seria uma espécie de tratamento “anti-isonômico” entre os netos. Tratamento esse reprovável em razão do princípio da igualdade entre filhos, possível de ser aplicado analogicamente aos netos.” O voto divergente defendeu a idéia de que se a mãe da criança trabalha em faxina dois dias na semana, cabe à avó, que recebe somente dois salários mínimos da previdência, a complementação da obrigação alimentar. Sustentou sua posição afirmando que havia nos autos provas suficientes de que não foi encontrado o paradeiro do pai, apesar dos esforços para tanto. E entendeu que, apesar da modesta situação econômica da avó, tal fato não seria óbice a que ela contribuísse com alimentos para o neto. No entanto, a decisão da maioria foi em sentido contrário. “APELAÇÃO CÍVEL. ALIMENTOS. OBRIGAÇÃO AVOENGA. CARÁTER EXCEPCIONAL E SUBSIDIÁRIO. PROVA DA NECESSIDADE DOS ALIMENTADOS E DA POSSIBILIDADE DO ALIMENTANTE. A obrigação alimentar dos avós só tem cabimento quando esgotadas as possibilidades de prestação alimentar pelos pais. Na obrigação avoenga é de ser observado o binômio alimentar. No caso, diante da impossibilidade de a avó, pessoa idosa e que auferir benefício previdenciário modesto, prestar alimentos aos netos, deve ser reformada a sentença. Apelo provido, por maioria.. Ac nº 70025516816 8ª cc - relator. Des. Alzir Felipe Schmitz.

seu filho não pode ou não quer dar; qual o alcance da obrigação “complementar”; quais as necessidades do infante que devem ser “integralmente satisfeitas” – e se para isso deve o avô “complementar” a pensão de alimentos.

2.1.3 O poder familiar e a complementaridade da pensão pelos avós

Dispõe o art. 1.698 que:

Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide.

O Centro de Estudos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul²⁷¹, com relação à obrigação alimentar dos parentes, concluiu o enunciado: “44^a – A obrigação alimentar dos avós é complementar e subsidiária à de ambos os genitores, somente se configurando quando pai e mãe não dispõem de meios para prover as necessidades básicas dos filhos.”

²⁷¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Centro de Estudo. **Conclusões do Centro de Estudos**. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/institu/c_estudos/conclusoes.php>. Acesso em: 11 out. 2009. O Centro de Estudos do Tribunal de Justiça do RS, que substituiria o Centro de Estudos do Tribunal de Alçada (extinto em 1998) - CETARGS - foi aprovada pelo Órgão Especial em 09.11.1998. A Emenda Regimental nº 08/98 integrou este novo Setor ao Regimento Interno do TJ. O Centro de Estudos é composto por todos os Desembargadores e dirigido por um Órgão Executivo, composto por um Coordenador e quatro Coordenadores-Adjuntos, eleitos pelo Órgão Especial, para atuarem nas áreas de Direito Público, Privado, Criminal e de Família, e tem por objetivo realizar estudos, seminários, painéis, encontros, palestras e pesquisas visando ao aprimoramento e à difusão cultural de todos os Desembargadores do Tribunal, quanto a temas pertinentes de competência da Corte.

Em sua justificativa, ponderam que o artigo 1.696 do Código Civil dispõe que a obrigação alimentar recai nos parentes “mais próximos em grau, uns em falta de outros”. Assim sendo, somente após demonstrada a impossibilidade de todos os mais próximos suportarem o encargo alimentar é que se pode configurar a obrigação dos ascendentes mais remotos. Deve ser esgotada a possibilidade de todos os parentes mais próximos para que se passe para o grau imediato. Dessa forma, somente se viabiliza a postulação de alimentos contra os avós quando o pai e a mãe não possuem condições de arcar com o sustento dos filhos. E se um dos pais apresenta condições e o outro não, o pai que pode arca sozinho, Apesar da justificativa do Centro de Estudos ser clara e explícita quanto ao fato de não haver essa “compensação” ou “substituição” do pai faltante pelo avô quando o outro pai apresenta condições, essa clareza não se fez presente no próprio enunciado, o que poderia tê-lo enriquecido mais.

Consta de forma explícita na lei que a obrigação primeira é parental, e os obrigados mais remotos somente serão chamados de forma complementar e subsidiária.

O Superior Tribunal de Justiça tem ratificado seu entendimento de que os avós somente serão responsabilizados na incapacidade de os pais cumprirem seu encargo, não admitindo que a ação seja ajuizada diretamente contra os avós.²⁷²

Mas a novidade determinada pelo artigo 1.698 do Código Civil brasileiro não foi bem recepcionada pelos doutrinadores. A intervenção de terceiro ali confusamente regrada foi entendida como incursão indevida do diploma material no direito processual civil. A conclusão dos estudiosos, liderados por Francisco Cahali, é que “no confronto entre prós e contras, ainda melhor teria sido inexistir o artigo 1.698 do novo Código.”²⁷³

²⁷² STJ. FAMÍLIA. ALIMENTOS. RESPONSABILIDADE DOS AVÓS FRENTE AOS NETOS. NATUREZA JURÍDICA. AJUIZAMENTO DIRETO CONTRA OS MESMOS. INADMISSIBILIDADE. CCB/2002, ART. 1.698. “A responsabilidade de os avós pagarem pensão alimentícia aos netos decorre da incapacidade de o pai cumprir com sua obrigação. Assim, é inviável a ação de alimentos ajuizada diretamente contra os avós paternos, sem comprovação de que o devedor originário esteja impossibilitado de cumprir com o seu dever. Por isso, a constringção imposta aos pacientes, no caso, se mostra ilegal.” (STJ - HC 38.314 - MS - Rel.: Min. Antônio de Pádua Ribeiro - J. em 22/02/2005).

²⁷³ CAHALI, Francisco Jose. Dos alimentos..., p. 186.

Não há que confundir a obrigação especial e peculiar imposta aos pais para com os filhos, da obrigação mais genérica, denominada “obrigação alimentar”; esta, por sua natureza, é recíproca, ao passo que aquela é unilateral também por sua própria natureza. A obrigação alimentar é absoluta com relação aos filhos sob o poder familiar, e relativa com relação aos filhos maiores e capazes, bem como entre os demais parentes²⁷⁴. A obrigação alimentar dura toda a vida; a obrigação dos pais para com os filhos menores termina com a maioridade dos filhos²⁷⁵. O término, de acordo com a Súmula 358 do STJ, de agosto de 2008, não se opera de forma automática: “O cancelamento de pensão alimentícia de filho que atingiu a maioridade está sujeito à decisão judicial, mediante contraditório, ainda que nos próprios autos.” É que a jurisprudência brasileira consagrou o entendimento de que os alimentos para os filhos maiores de idade ainda são devidos se o filho está estudando, e ainda necessita da ajuda paterno-materna para a conclusão de seus estudos e ingresso na vida profissional.

O Código Civil brasileiro de 1916 utilizava a expressão “pátrio poder”, tradução literal de *patria potestas*, assim encontrada nos diversos ordenamentos jurídicos. Com a Lei nº 1046, de 10.01.2002, que introduziu o novo Código Civil brasileiro, a expressão “pátrio poder” foi substituída por “poder familiar”. No entanto, nem o Código de 1916, nem o de 2002 trazem sua definição, sendo o seu significado explicado pela natureza histórica e jurídica do instituto, e pelos muitos estudos doutrinários a respeito.

A expressão “pátrio poder” foi criticada em virtude de ambos os vocábulos: *pátrio*, e *poder*. A primeira crítica reside no fato de o poder-dever não se limitar ao *pater* – pai-, como expressa a palavra latina, mas também à *mater* – mãe. Trata-se de uma obrigação igualmente do pai e da mãe, nos exatos termos da disposição constitucional²⁷⁶; e o segundo porque não se trata tão somente de *potestas* – poder,

²⁷⁴ MADALENO, Rolf. Obrigação, dever de assistência e alimentos transitórios. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, n. 6; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, ética, família e o novo código civil brasileiro**: anais... Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p 576.

²⁷⁵ PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. **Derecho Civil...**, p. 281.

²⁷⁶ Constituição Federal. Art. 229. “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.”

mas também de *dever*, um conjunto de poderes e deveres tanto do pai quanto da mãe em relação aos filhos, seja no aspecto material, seja no aspecto moral.²⁷⁷

O novo Código Civil buscou modernizar e atualizar a expressão, mas também não foi feliz em seu intento. A uma, porque manteve a palavra “poder”, deixando de lado o “dever”; a duas, porque se valeu da expressão “familiar”, que diz respeito a *toda a família*, expressão ampla, ao invés de substituir “pátrio” por “parental”, que se refere a *parens - parentis* – os pais, ambos os pais. A esse respeito muito bem sustentam suas idéias Luiz Edson Fachin²⁷⁸, Eduardo De Oliveira Leite²⁷⁹, Sílvio De Salvo Venosa²⁸⁰ e Sílvio Rodrigues²⁸¹.

A obrigação dos pais relativamente aos filhos crianças e adolescentes decorre do *poder familiar*, sendo ampla, irrestrita, incondicionada, sem reciprocidade. É uma obrigação com fundamento constitucional e legal, mas que, por uma questão visceral e emocional, deveria vir acompanhada também de um sentimento, o amor.

[...] o tal amor incondicional dos pais. É um sentimento que dispensa retribuição, e exatamente por isso, torna-se uma aflição e uma angústia. Porque a minha serenidade depende do bem-estar do outro, não da “reciprocidade” do outro.²⁸²

Eduardo dos Santos distingue as obrigações de alimentos decorrentes do casamento e do *pater potestas*: a determinação legal do dever de alimentos entre

²⁷⁷ FONSECA, Antonio Cezar Lima da. O poder familiar a o novo código civil. In: AZAMBUJA, Maria Regina Fay de (Coord.); SILVEIRA, Maritana Viana (Coord.); BRUNO, Denise Duarte (Coord.). **Infância em família**. Porto Alegre: IBDFAM, 2004, p.230,231.

²⁷⁸ FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao novo Código Civil**: do direito de família, do direito pessoal, das relações de parentesco. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 240.

²⁷⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Síntese de Direito Civil**: Direito de Família. Curitiba: J.M., 1997, p. 246.

²⁸⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: direito de família. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v.6, p. 354-355.

²⁸¹ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**: direito de família. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v.6, p. 355.

²⁸² COIMBRA, David. A voz de uma mãe do outro lado da linha. **Zero Hora**, Porto Alegre, 5 dez. 2008. p. 3.

cônjuges posta no Código Civil português, art. 2.003, é *genérica*: “o dever de assistência compreende a obrigação de prestar alimentos e a de contribuir, durante a vida em comum, de acordo com os recursos próprios, para os encargos da vida familiar” (art. 1874, nº 2 CC Português), ao passo que os alimentos decorrentes do “poder paternal”²⁸³ assumem *caráter específico*. A lei portuguesa, ao determinar que “por alimentos entende-se tudo o que é indispensável ao sustento, habitação e vestuário” (art. 2.003, nº 1, CCP) se refere ao mínimo vital que todo indivíduo necessita para satisfazer suas necessidades básicas. Sendo o alimentado menor, abrange ainda sua instrução e educação, tudo condicionado à possibilidade de quem alcança e à necessidade de quem solicita.

Aponta ainda o direito português que, diversamente da obrigação alimentar em geral, os alimentos devidos pelos pais aos filhos menores, sujeitos ao “poder paternal”, vão além daquilo que é indispensável ao seu *sustento, habitação, vestuário, instrução e educação*. Os pais são obrigados à *segurança* dos filhos, *sustento, e educação*, enquanto eles não podem suportar com os meios próprios tais encargos. E o *sustento* implica vestuário. A *saúde* faz parte dos alimentos propriamente ditos, mas a *segurança* não se encontra ali inserida. E a *educação* abrange educação mais instrução, inclusive profissional. E a lei portuguesa não fala em “habitação” porque os filhos menores têm a obrigação de viver com os pais. Dessa forma, os alimentos alcançados pelos pais aos filhos menores ultrapassam o mínimo vital que lhes deve ser assegurado.

Não apenas no Brasil, mas no mundo globalizado, a grande maioria dos beneficiários da Previdência Social é de idosos e considerável parte dos ganhos é voltada para aquisição de remédios, o que significa um custo elevado.²⁸⁴ Além disso, sua própria alimentação exige cuidados especiais. Mesmo assim, esses idosos costumam, de maneira informal, ter sob sua responsabilidade econômica, por conta de sua magra aposentadoria, uma plêiade de dependentes, que vão dos filhos aos netos – o que se constata, em geral, nas camadas mais pobres. Nessas

²⁸³ “Poder paternal”: expressão utilizada em Portugal para o que denominamos atualmente, no Brasil, de “poder familiar”.

²⁸⁴ MONTALVÃO, Fernando et al. Pensão alimentar pelos avós. **Revista Jus Vigilantibus**. 26 set. 2007. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/28635>>. Acesso em: 14 set. 2008.

circunstâncias, o estabelecimento da pensão alimentar a ser cumprida judicialmente pelos avós torna mais agudo seu estado de pobreza – e até de miséria.

A substituição no dever de alimentar, na inexistência dos pais, ou a suplementação dos alimentos pelos avós, quando a pensão paga pelos pais não é suficiente, deve ser vista como uma excepcionalidade cabendo a fixação diante da prova inequívoca da insuficiência de recursos²⁸⁵, não só do pai-alimentante, mas também da mãe, já que a obrigação alimentar em relação aos filhos incumbe a ambos. As decisões das mais diversas cortes estrangeiras seguem esse entendimento.

A Corte de Justiça de Costa Rica entende que os pais são tidos como os principais credores dos filhos menores, e a eles cabe a responsabilidade de prover as necessidades dos filhos. A legislação do país estabelece a ordem de prioridade, no artigo 169, inciso 3, do Código de Família de Costa Rica, que se refere à obrigação dos avós para com os netos. Inicia falando dos irmãos, para logo em seguida mencionar os avós²⁸⁶. Não há naquele país outra lei que se refira à obrigação avoenga. No entanto existem dois votos da Sala constitucional²⁸⁷ que tratam deste tema e, por interpretarem a Constituição, têm caráter normativo e vinculante, *erga omnes*, de conformidade com o artigo 14 da Lei de Jurisdição Constitucional. Dessa forma, o juiz de primeiro grau, mesmo que não concorde com o critério, deve aplicá-lo, com força cogente constitucional. Assim, a obrigação avoenga é tida como *subsidiária*, e os avós somente podem ser demandados

²⁸⁵ TJMG. ALIMENTOS. FILHOS. OBRIGAÇÃO DOS PAIS. AÇÃO PROPOSTA CONTRA AVÓS. CARÊNCIA POR ILEGITIMIDADE. CCB, ART. 397. “Para que se caracterize a legitimidade passiva dos avós paternos de prestar alimentos ao menor seu neto, a teor do art. 397 do CCB, somente se restar demonstrado pelo autor, pelos meios de prova em direito admitidos, que seu pai, o primeiro na linha obrigacional de prestar alimentos ao filho, não tenha condições de prestá-los ou de complementar a prestação que já vem suportando. Na obrigação alimentar derivada da consangüinidade, o mais próximo exclui o mais remoto. Este, no entanto, só pode ser compelido a pagar a pensão alimentícia se o mais chegado não puder fornecê-la.” (TJMG - Ap. Cív. 125.020/8 - São Lourenço - Rel.: Des. Murilo Pereira - J. em 04/02/1999).

²⁸⁶ Artículo 169 - Obligados alimentarios. Deben alimentos: 1. Los cónyuges entre sí; 2. Los padres a sus hijos menores o incapaces y los hijos a sus padres; 3. Los hermanos a los hermanos menores o a los que presenten una discapacidad que les impida valerse por si mismos; los abuelos a los nietos menores y a los que, por una discapacidad, no pueden valerse por sí mismos, cuando los parientes más inmediatos del alimentario antes señalado no puedan darles alimentos o en el tanto en que no puedan hacerlo; y los nietos y bisnietos, a los abuelos y bisabuelos en las mismas condiciones indicadas en este inciso.

²⁸⁷ Votos de número 2002-9692 e 2003-0589.

quando os pais, obrigados principais, não puderem atender a suas obrigações, o que deve ser previamente comprovado. Ademais, consideram, na análise dos pedidos, o atendimento das necessidades *básicas* dos netos. Não admitem que, sem a análise prévia da situação dos pais, possam ser os avós demandados.²⁸⁸

Também na Argentina, conforme ensina Eduardo Fanzolato²⁸⁹, do artigo 367 do Código se deduz a subsidiariedade da obrigação alimentar avoenga. Para que os avós sejam chamados à obrigação, não basta o mero descumprimento por parte dos pais, mas é necessário uma ação judicial para instar o pai ao cumprimento da obrigação, e uma prova de que é impossível ou extremamente difícil o cumprimento da obrigação. Os pais que exigem alimentos dos avós de seus filhos devem demonstrar que esgotaram, sem êxito, todas as possibilidades de manterem o filho, sua insuficiência de recursos e a impossibilidade de buscá-los, para só então recorrerem aos avós, que somente na falta de outra alternativa serão condenados a alimentos. Dessa forma, segundo o autor, se evita que os pais se subtraíam dos deveres inerentes ao *pátrio poder* (expressão ainda utilizada no direito argentino) e

²⁸⁸ Voto 2003-0589: Los principales acreedores alimentarios son por supuesto los padres de los menores, entendiendo que ambos tienen la obligación de velar por las necesidades de sus hijos. Así las cosas, la lectura del artículo 169 del Código de Familia establece un orden de prioridad que debe ser respetado entre los familiares que deben alimentos, precisamente por existir una obligación principal. Por ende, debe concebirse que el inciso c) de dicho artículo es una obligación subsidiaria, lo que por su propia naturaleza implica, que es en aquellos casos en que no sea posible el cumplimiento de la misma por parte de ambos obligados alimentarios, o sea de sus padres. (...) A criterio de este Tribunal, de conformidad con todo lo anteriormente señalado, (...) la subsidiariedad que es el supuesto bajo el cual se puede demandar a los abuelos, debe operar únicamente cuando se haya constatado que efectivamente los obligados principales (los padres) no puedan cumplir con la obligación alimentaria de sus hijos, lo cual incluso debe demostrarse previamente. (...) la naturaleza de la pensión provisional es que los acreedores alimentarios puedan satisfacer sus necesidades básicas mientras se tramita la demanda, y en este caso ya se había fijado incluso una pensión que había sido confirmada por el Tribunal recurrido en segunda instancia. De manera que las necesidades de los menores estaban siendo cubiertas, y aún teniendo por válida la interpretación del Juzgado recurrido debió haberse determinado previamente la insuficiencia alegada por la accionante en la demanda y no conceder de previo lo solicitado a través de una pensión provisional. La situación de la madre ni siquiera queda definida en el asunto, siendo una de las principales obligadas a velar por sus hijos, por lo que resulta discriminatorio que puedan acudir directamente ante los abuelos (incluso de solo una de las partes), a exigir el cumplimiento de una obligación generada por los mismos padres. Exp: 03-000328-0007-CO Res: 2003-00589 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las ocho horas con treinta minutos del treinta y uno de enero del dos mil tres.- Recurso de hábeas corpus interpuesto por Ebaudilio Nájera Santamaría, cédula 6-0052-0469 y Nelly Hidalgo Zamora, cédula 2-0236-0972, mayores, casados, vecinos de Grecia, contra la Jueza de Pensiones Alimentarias del Primer Circuito Judicial de San José, Elizabeth Picado Arguedas.

²⁸⁹ FANZOLATO, Eduardo Ignacio. *Derecho de Familia*. Tomo I, Editorial Advocatus, Córdoba, Argentina, 2007, Cap. XIV, p. 278.

transfiram a outros parentes uma obrigação que é sua. Afirma ainda Fanzolato²⁹⁰ que as obrigações alimentárias decorrentes do “pátrio poder” e do casamento são as que abarcam maior quantidade de necessidades a cobrir, ao passo que na obrigação alimentar decorrente do parentesco, os itens incluídos na prestação são mais limitados.

Em concepção diversa, Alice de Souza Birchall²⁹¹ preleciona que, como o direito à busca da ancestralidade é um direito personalíssimo, com proteção jurídica integral nos termos dos artigos 5º e 226 da a Constituição da República Federativa do Brasil, a relação de parentesco em linha reta, a partir do segundo grau, gera todos os efeitos do parentesco de primeiro grau, de conformidade com a lei civil.

No Brasil, a expressão designativa dos poderes paternos era “pátrio poder”, mas com o Código Civil de 2002 passou a ser “poder familiar”²⁹², conforme já mencionado, objetivando justamente não mais uma visão de apenas poderes, mas uma contrapartida de deveres parentais, e ampliando o múnus, que era inicialmente apenas do pai (homem) para pai e mãe, *poderes-deveres dos pais para com relação aos filhos*, visando ao melhor para a criança e adolescente.

Segundo Eduardo dos Santos, a obrigação paterna não encontra limite nas necessidades do filho menor. E o filho que atinge a maioridade ou é emancipado, se ainda não completou a sua formação, o pai continua tendo obrigações para com ele. Essa obrigação é unilateral, ao contrário da obrigação alimentar propriamente dita, que é recíproca e não tem marco final.²⁹³ No entanto as relações alimentárias devem atender aos critérios de *necessidade* de quem pede e *possibilidade* de quem alcança os alimentos, e uma ampla e aguçada visão da *capacidade laboral do*

²⁹⁰ FANZOLATO, Eduardo Ignacio. *Derecho de Familia*. Tomo I, Editorial Advocatus, Córdoba, Argentina, 2007, Cap. XIV, p. 289.

²⁹¹ BIRCHALL, Alice de Souza. A Relação Processual dos Avós no Direito de Família: Direito à busca da Ancestralidade, Convivência Familiar e Alimentos. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, ética, família e o novo Código Civil brasileiro**. *Anais do VI Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, OAB-MG, Del-Rey, 2004, p. 43.

²⁹² De conformidade com os artigos 1.630 a 1.638 do Código Civil brasileiro de 2002, que modificou a expressão “pátrio poder”, utilizada nos artigos 379 a 395 do Código Civil de 1.916.

²⁹³ SANTOS, Eduardo dos. **Direito de família...**, p. 522.

alimentado. A obrigação alimentar somente subsiste na impossibilidade de o alimentado prover *minimamente* a sua subsistência – mínimo vital que os alimentos visam a assegurar. “Do outro modo, seria uma violência do legislador exigir do devedor o esforço do seu trabalho para alimentar quem leva vida ociosa. [...] Enquanto são débeis, dependem dos pais, de um modo absoluto, as crianças de ambos os sexos.”²⁹⁴ Indolência e ociosidade não podem esperar respaldo judicial.

O *direito argentino* prevê dispensa da obrigação alimentar quando o descendente pratica atos de indignidade com relação ao ascendente, e vice-versa. Determina o Código Civil argentino, em seu artigo 373²⁹⁵, que cessa a obrigação de prestar alimentos se os descendentes em relação a seus ascendentes ou os ascendentes em relação a seus descendentes cometerem algum ato pelo qual possam ser deserdados. Poderia o direito de família no Brasil se espelhar no direito argentino, mas não existe paralelo similar no direito brasileiro, nem para os casos em que os descendentes praticam atos ignóbeis com relação a seus ascendentes, como o de se apropriar indevidamente das aposentadorias dos velhos. Não há qualquer sanção para tal ato se no futuro esse mesmo filho ou neto vier a necessitar alimentos, mantendo-se intacto seu direito de alimentos contra pais ou avós. Positiva a lição argentina, que estabelece uma via de mão dupla: quem faz o mal, colhe seus frutos.

A psicóloga brasileira Ivone Coelho de Souza avança nessa idéia, incluindo o afeto, quando sugere que o § 1º do artigo 1.694 deveria vir assim redigido:

[...] podem os avós, os pais, os netos, pedir uns aos outros os (afetos)alimentos que necessitam para sobreviver, de modo compatível com sua situação social(interna), devendo os alimentos ser fixados na proporção das necessidades(amorosas) do reclamante e dos recursos(capacidades afetivas preservadas) da pessoa obrigada.²⁹⁶

²⁹⁴ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de família...**, p. 363.

²⁹⁵ Código Civil argentino. Art. 373. “Cesa la obligación de prestar alimentos si los descendientes en relación a sus ascendientes, o los ascendientes en relación a sus descendientes, cometieren algún acto por el que puedan se desheredados.”

²⁹⁶ SOUZA, Ivone Maria Coelho de. *Papéis avoengos...*, p. 174-175.

O afeto é coisa do masculino e do feminino, independentemente da idade e do vínculo do parentesco. Assim, também aos avós devem ser estendidos os efeitos do afeto, já que as relações de parentesco da linha reta pautam-se em direito personalíssimo, e, deste modo, a ancestralidade também pertence a essa classe de direitos.²⁹⁷

A obrigação decorrente do poder familiar não encontra limites, diferentemente dos demais tipos de obrigação alimentar. Nessas, não se pode penalizar o credor a ponto de lhe impor um encargo que venha em prejuízo de suas próprias necessidades. Ensina Bossert²⁹⁸ que existe uma diferença entre a amplitude com que se fixa a quota alimentar para filho menor, considerando que a obrigação do pai decorre do poder familiar, e a responsabilidade alimentar decorrente tão somente do parentesco, sendo que neste caso os alimentos devem se restringir a atender as necessidades indispensáveis do reclamante. O direito argentino detalha as obrigações decorrentes do *patria potestas*²⁹⁹, deixando explícito, também, quais as necessidades a serem supridas nas demais obrigações alimentares³⁰⁰.

Na prestação de alimentos, em geral, seja entre cônjuges, seja entre parentes, na ponderação entre os critérios de necessidade e possibilidade, tem prevalecido a “possibilidade” do alimentante com relação às necessidades do alimentado.

Podemos, hipoteticamente, analisar uma situação: o avô é demandado por um neto, que tem mãe, e cujo pai está inadimplente. O juiz já no despacho inicial fixa o percentual sobre os rendimentos do demandado, quando este tem emprego fixo, seja em entidade privada, seja em órgão público, atendendo ao disposto na Lei

²⁹⁷ BIRCHAL, Alice de Souza. A Relação Processual..., p. 41.

²⁹⁸ BOSSERT, Gustavo A. **Regimen jurídico de los alimento**: conyuges, hijos menores y parientes; aspectos sustanciales y procesales. Buenos Aires: Astrea, 2006, p. 300.

²⁹⁹ Código civil argentino.:” Art. 165. Los hijos menores de edad están bajo la autoridad y cuidado de sus padres. Tienen estos la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna, no sólo con los bienes de los hijos, sino con los suyos propios.” (grifo da Autora).

³⁰⁰ Código Civil argentino. “Art. 372. La prestación de alimentos comprende lo necesario para la subsistencia, habitación y vestuario correspondientes a la condición del que la recibe, y también lo necesario para la asistencia en las enfermedades.”

5.478/68 – que ainda vigora, para o espanto de muitos. A máxima do “1/3” por muito tempo prevaleceu, e só agora está sendo, aos poucos, afastada; mesmo assim, os percentuais praticados ficam desde o primeiro despacho do magistrado em “20%” ou “30%”. Ora, se a pessoa demandada tem elevados rendimentos, os alimentos, por consequência, também serão elevados, uma vez que fixados em percentual. E essa situação de alimentos provisórios se arrasta por muito tempo, anos por vezes, até uma sentença na ação de alimentos. Enquanto isso, se o demandado recebe R\$ 25.000,00, e teve alimentos fixados em 25% de seus ganhos, o alimentado estará recebendo a polpuda mensalidade de R\$ 6.250,00. Suponhamos que a mãe dessa criança trabalhe, e o pai, que deixou o emprego, está inadimplente. A mãe ganha R\$ 1.800,00, e o pai ganhava R\$ 2.500,00. Somados os rendimentos do pai e da mãe, a renda familiar dessa criança era de R\$ 4.300,00, vivendo todos com esse valor. Pelo fato de o pai ter abandonado o emprego e a família e ter deixado de alcançar alimentos para o filho, foi demandado o avô paterno, que, em virtude da ordem rápida e eficaz do magistrado, passou a ter descontados de seus rendimentos R\$ 6.250,00. Esta importância a que o avô foi sumariamente compelido a pagar (desconto em folha de pagamento) é superior ao valor total da renda familiar de seu neto.

Temos, no caso em tela, por força e graça de uma decisão judicial, uma situação irreal, que foge totalmente aos padrões praticados pela família original do neto, pois, independentemente do padrão de vida do avô, a criança deve viver de acordo com o nível econômico de seus pais. E então, com um passe de mágica – um toque de caneta – a família monoparental (o pai sumiu) passou a ter um renda magnífica, muito melhor que a anterior, e da qual jamais a mãe do neto pretende abrir mão. Será isso justo? Será isso correto? Será isso legal?

Por outro lado, há quem se aperceba da situação, e defenda os avós de tão desumano tratamento – o que, ainda, é uma minoria evidenciada³⁰¹.

³⁰¹ Nessa linha, voto de Antonio Carlos Stangler Pereira, no Agravo de Instrumento nº 70014981427 8ª CC TJRS. : [...]a questão é deveras tormentosa, colocando de um lado as necessidades presumidas dos infantes, tendo sua genitora desempregada, e de outro a situação do avô que se vê obrigado a prestar alimentos aos netos, ainda que auferindo poucos rendimentos. Tudo isso diante da profunda desídia do pai dos menores, que mesmo tendo contra si duas execuções, inclusive com prisão já decretada, furta-se em adimplir a obrigação alimentar. Essa triste realidade, entretanto, não

Observa-se com frequência em nosso sistema jurídico o entendimento de que, sendo a obrigação tanto do pai quanto da mãe, deveria haver uma “divisão matemática por linhas” da responsabilidade. Nesse entender, 50% do ônus alimentar seria da mãe, e 50% seria do pai. Apregoam os simpatizantes dessa teoria que, se o pai não pode alcançar a sua parte, independentemente do fato de a mãe trabalhar e prover as necessidades do filho, devem ser demandados os avós para que respondam por aquela “metade” que seria responsabilidade paterna. Doutrina e jurisprudência trazem sinais desse entendimento.

Ocorre também na Argentina uma discussão a esse respeito, com jurisprudência em sentidos opostos, conforme informa Belluscio. Questiona-se se a mãe que detém a guarda, tendo em vista o pai não fornecer alimentos, seja por impossibilidade ou por desídia, deveria ela procurar uma atividade remunerada, ou o fato de manter os filhos com ela dando-lhes atenção supre o aporte econômico que ela deveria ofertar também. Divergem os entendimentos, havendo quem sustente que, nesse caso, a mãe deve ficar, sim, em casa sem trabalhar, e os avós paternos devem “compensar” o aporte econômico que seu filho não fornece³⁰².

No entanto, no Brasil, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a responsabilidade entre os avós, ou mesmo entre pais e avós não é solidária, devendo cada um dos obrigados responder na medida de suas próprias capacidades, o que faz inconsistente a tese da “divisão matemática.”³⁰³

pode ser resolvida, como adverte o Dr. Procurador de Justiça, tirando de uma pessoa idosa (com 77 anos de idade), doente e que paga aluguel, percebendo benefício previdenciário na ordem de um salário mínimo, sequer servindo para atender as carências das crianças. De outro lado, tem-se que a mãe delas, pessoa relativamente jovem e aparentemente saudável, tem plenas condições de trabalho, embora não se olvidem as dificuldades de mercado. Aliás, chama a atenção, como alude o mesmo parecer ministerial, o fato de que ela, dizendo-se não poder assumir o sustento dos filhos, veio com a ação através de advogado constituído, abrindo mão dos serviços da Defensoria Pública. Já o pai, como dito, tem-se como certo que revela lamentável recalcitrância, respondendo a duas execuções por alimentos, já tendo inclusive a prisão decretada. Pende ainda contra ele, entretanto, uma dessas execuções, quando antes do desfecho foi chamado o avô a prover as necessidades dos netos. A rigor, assim, até há certa dúvida sobre a verdadeira causa da impontualidade, se por irresponsabilidade ou por efetiva impossibilidade.

³⁰² BELLUSCIO, Cláudio Alejandro. **Alimentos debidos a los menores de edad**. Buenos Aires: Garcia Alonso, 2007, p. 311.

³⁰³ STJ. FAMÍLIA. ALIMENTOS. RESPONSABILIDADE COMPLEMENTAR DOS AVÓS. NATUREZA JURÍDICA. CCB, ART. 397. CCB/2002, ART. 1.696. “Não é só e só porque o pai deixa de adimplir a obrigação alimentar devida aos seus filhos que sobre os avós (pais do alimentante originário) deve

Afirma Ana Maria Louzada que:

[...] caso a mãe seja bem sucedida empresária, e consiga com o seu trabalho sustentar os filhos que estão em sua guarda e companhia, ainda assim persiste a obrigação do pai. Em não possuindo esse pai condições de manter seus filhos condignamente (v.g. por estar desempregado) cabe aos netos pedirem alimentos aos avós. Se assim não foi o entendimento, a mãe será “punida” por desenvolver atividade laborativa com sucesso, o que é injusto³⁰⁴.

Essa forma de tratar a questão parece totalmente equivocada. Para não “punir” a mãe, que, juntamente com o pai, detém a responsabilidade primeira e maior de criar e sustentar os filhos, como decorrência do poder familiar termina-se por “punir” os avós paternos, que já criaram os seus filhos, e se vêem, inesperadamente, compelidos a uma responsabilidade que não é sua.

Na mesma esteira da “substituição” do pai provedor, decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em que, por maioria, foi decidido:

Alimentos. Obrigação avoenga. Ainda que a obrigação alimentar dos avós com relação aos netos seja complementar e subsidiária, ela não está condicionada à prova de que ambos os pais não possuem capacidade financeira para prover o sustento dos filhos. Apelo provido em parte vencido o Relator. (Apelação Cível nº 70006215719, 7ª CC/TJRS, 21/5/2003)

recair a responsabilidade pelo seu cumprimento integral, na mesma quantificação da pensão devida pelo pai. Os avós podem ser instados a pagar alimentos aos netos por obrigação própria, complementar e/ou sucessiva, mas não solidária. Na hipótese de alimentos complementares, tal como no caso, a obrigação de prestá-los se dilui entre todos os avós, paternos e maternos, associada à responsabilidade primária dos pais de alimentarem os seus filhos. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, para reduzir a pensão em 50% do que foi arbitrado pela Corte de origem.” (STJ - Rec. Esp. 366.837 - RJ - Rel.: Min. César Asfor Rocha - J. em 19/12/2002).

³⁰⁴ LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. **Alimentos**: doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 49-50.

Na defesa de seu voto, em que foi acompanhada pelo Desembargador José Carlos Teixeira Giorgis, argumenta a Desembargadora Maria Berenice Dias, que a lei é clara ao determinar a transmissibilidade por graus, em linha reta, entre pais e filhos.

O simples fato de se tratar de obrigação de caráter complementar e subsidiário não pode levar à desobrigação ou à transmissão do encargo ao outro genitor. A vingar tal hipótese, possível seria simplesmente dispensar um dos genitores de alcançar alimentos ao filho, se aquele que o tem sob sua guarda possui condições de prover-lhe o sustento. No fundo, é isso que se está preconizando nesta tendência jurisprudencial que se tem alastrado e que enseja um resultado no mínimo perverso, de caráter punitivo e sem qualquer respaldo legal. Se cabe à genitora a guarda do filho, com todos os encargos de criação e educação, não há como lhe repassar, com exclusividade, também a obrigação pelo sustento, ainda que eventualmente tenha condições econômicas para isso. No caso, o genitor com nada está contribuindo, pois não trabalha, sendo portador do vírus HIV. Assim, sua obrigação com relação ao filho se transmite aos ascendentes do genitor, os avós, que gozam de confortável situação econômica, pois são proprietários de dois hotéis.

Verifica-se que essa teoria a respeito da responsabilidade alimentar divide a responsabilidade “por linhas” – “linha paterna” e “linha materna” – nos moldes da distribuição da herança no direito sucessório, passando a “metade” que seria responsabilidade do pai para os avós. Desconsidera-se, nessa linha, que se trata de uma obrigação diferenciada, de ambos os pais, decorrente do poder familiar – *patria potestas* – e não de uma simples “substituição” do obrigado ou um repasse de tarefa. A mãe escolheu o pai de seu filho, e se ele não correspondeu a suas expectativas, não há por que se “vingar” nos pais dele, os avós. A queda do padrão econômico que, muitas vezes, ocorre com uma separação, com a dissolução de uma família, não deve nem pode ser “descontada” ou compensada nos avós. A solução deve ser buscada nos limites da família original da criança – mãe e pai. Só excepcionalmente, e de forma moderada, na falta do absolutamente essencial, recorre-se aos avós.

Sustentando ponto de vista radicalmente contrário aos votos vencedores, o voto vencido, de lavra do Relator Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, na linha defendida nesta tese, sustenta que:

As demais despesas relacionadas na inicial não justificam, por igual, a imposição de pensionamento provisório por parte dos avós. Isso porque, auferindo a genitora renda razoável, e não possuindo despesas com habitação, como aluguel ou prestação de casa, devem as despesas dos filhos ser compatíveis com o seu ganho. Se não têm as menores condições de estudar em colégio particular, cursar inglês e participar de atividades esportivas pagas (dança), devem readequar o seu padrão de vida, tornando-o compatível com a disponibilidade financeira de sua representante legal. [...]. É que, como temos aqui majoritariamente decidido, a obrigação alimentar dos avós é sempre subsidiária e complementar à de ambos os pais, somente se configurando, pois, quando pai e mãe não dispõem de recursos para proporcionar aos filhos o mínimo necessário ao sustento deles, o que, como visto, não é o caso aqui.

Complementando seu voto, sustenta ainda o Des. Luiz Felipe Brasil Santos que

[...] o problema envolvido na causa não é um problema de “transmissibilidade lateral” da obrigação alimentar. A questão da transmissibilidade da obrigação alimentar está tratada no art. 1.700, agora, do novo Código, e ela só vem em causa quando se está diante do óbito do devedor, situação em que seus herdeiros são chamados a contribuir. Fora disso, com a devida vênia, não vejo como se falar em transmissibilidade. Portanto, não é o fato de um genitor não poder pagar que se transmite ao outro.

[...] diz o art. 1.698: “Se o parente que deve alimentos em primeiro lugar” – no caso os pais, pai e mãe – “não estiver em condições de suportar totalmente o encargo (e somente nesta hipótese de nenhum dos dois estar em condições de suportar totalmente o encargo) serão chamados a concorrer os de grau imediato”, ou seja, o ascendente mais remoto, o ascendente de segundo grau, os avós neste caso. Mas, para tanto, a condição posta na lei é clara: o parente mais próximo não estar em condições de suportar totalmente o encargo. No caso concreto, a mãe é funcionária do Banco do Brasil e tem um salário líquido. Não digo que seja rica, que possa viver com folga, mas tem condições de atender razoavelmente o sustento das duas filhas. Assim, está posta a condição que a lei prevê para que os avós

sejam chamados a complementar, uma vez que as crianças, seguramente, não estarão passando necessidade no atendimento de seu básico. Evidentemente, luxo não poderão ter, mas a isso não se destinam os alimentos, até porque os avós, no caso concreto, estão longe de ser pessoas abonadas, como chegou a ser agitado nestes autos, mas a prova não deixa estampado.

Como se vê, há decisões que apontam claramente a obrigação na proporção das possibilidades de cada um dos obrigados, e não em divisão matemática.³⁰⁵

A falta de colaboração materna sob a alegação de que o marido não permite ou não permitiu que a esposa trabalhasse merece uma especial atenção, uma vez que esse comportamento “machista” existia, sim, há alguns anos e em centros populacionais pequenos. Hoje, nas grandes cidades, e já nas pequenas vilas do interior, a situação se encontra modificada, e a mulher já alcançou uma independência, rompendo seus grilhões com relação ao homem. Assim, onerar os avós porque a mãe não trabalha “por imposição do marido” se constitui em equívoco de graves consequências, em que os avós são os únicos castigados e prejudicados, como na decisão:

ALIMENTOS PROVISÓRIOS. OBRIGAÇÃO AVOENGA. Embora seja complementar e subsidiária a obrigação alimentar dos avós, tem-se como caracterizada, para fins de cognição preliminar, a impossibilidade dos genitores na manutenção da prole quando o genitor obtém pouco rendimento e a genitora está fora do mercado de trabalho por imposição do ex-marido e da mãe deste. PROVERAM PARCIALMENTE. UNÂNIME. “proveram parcialmente, para fixar a pensão provisória devida pela agravada [...] em 10% de seus rendimentos líquidos. unânime.”³⁰⁶

³⁰⁵ ALIMENTOS. CARÁTER EXCEPCIONAL DA OBRIGAÇÃO AVOENGA. 1. A obrigação de prover o sustento do filho gerado é de ambos os genitores, isto é, do pai e da mãe, e do pai ou da mãe, *in casu*, entenda-se mãe como guardiã, devendo cada qual concorrer na medida da própria disponibilidade. 2. O chamamento dos avós é excepcional, somente se justificando quando nenhum dos genitores possui condições de atender o sustento da prole, como é o caso dos autos, onde a genitora faleceu e o genitor é alcoolista, ficando a criança aos cuidados de uma tia. Recurso desprovido. Nº 70 024 699 738 7ª CC Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Relator.

³⁰⁶ AI 70007636186, 7ª CC TJRS, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, jul. em 18/02/2004.

No julgamento em questão, houve o deferimento de pensão provisória a favor dos netos, tendo em vista que se comprovou na inicial que a mãe das crianças não trabalhava, e que a pensão de 30% do salário do pai era insuficiente para a manutenção de seus filhos, em face das necessidades presumidas das idades de 1 e 3 anos. Além disso, a avó paterna era pensionista do Exército, sendo capaz de, com 10% de sua pensão, pagar alimentos a seus netos, de forma a “suplementar, sem prejuízo de seu sustento, a pensão dos netos”.

Desconsidera-se a avó, sua vida, sua história, sua trajetória. Evidencia-se uma grande consideração pela mulher evidentemente mais jovem – a mãe das crianças – que não trabalha. Deve a avó pagar o preço da inércia da nora? Não seria mais pedagógico, mais justo, mais socialmente correto estimular essa mãe a trabalhar, ao invés de onerar a avó com os 10% sobre a pensão que ela recebe pela morte de seu marido? Não se poderia aumentar o percentual alcançado pelo pai, primeiro obrigado juntamente com a mãe das crianças? Não se estaria praticando uma invasão desumana na vida, na economia, na velhice, no livre-arbítrio da avó?³⁰⁷

Determina o art. 1.696 do Código Civil que “o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.”

O conceito de “falta” de alimentos é elástico, e entendido diversamente tanto pela jurisprudência, como também por renomados doutrinadores. Assim, ensina Silvio Rodrigues³⁰⁸ que os parentes mais próximos *excluem* os mais remotos, enquanto Caio Mario afirma que *não se deve dizer que os mais próximos excluem*

³⁰⁷ Decisão semelhante valoriza a situação de desemprego da mãe das crianças tornando-a fundamento para onerar o avô: OBRIGAÇÃO AVOENGA. A obrigação de pagar alimentos recai nos parentes mais próximos em grau, inicialmente em linha reta ascendente, uns em falta de outros (art. 1.696 do CCB). Comprovado que o pai não pode contribuir com valor superior a 50% do salário mínimo, a mãe não exerce atividade laboral, e o avô aufere renda suficiente para adimplir com a pensão arbitrada, é de ser mantida a sentença. Não se trata aqui de assegurar ao neto o padrão de vida do avô, mas, sim, de minorar a situação de extrema carência enfrentada pela criança, que não tem suas necessidades fundamentais atendidas pelos genitores, contando, em contrapartida, com um progenitor que dispõe de amplos incontestados recursos. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (AP. Cível Nº 70010034007, 7ª CC – TJRS).

³⁰⁸ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil...**, p. 380.

os mais remotos.³⁰⁹ Já Yussef Said Cahali³¹⁰ ensina que na *falta ou impossibilidade* dos mais próximos se recorre aos mais remotos. Arnaldo Rizzardo³¹¹ ensina que, mesmo que o avô tenha melhores condições econômicas que o pai, se este tem condições de sustentar o filho, não é facultada ao neto a ação diretamente contra o avô.

Da mesma forma conflitante, a “falta” dos pais pode ser entendida como impossibilidade, de forma genérica, seja pela ausência física, seja pela ausência moral e econômica, seja por culpa ou sem culpa dos pais: os pais não sustentando os filhos, está caracterizada a “falta”.³¹² Por outro lado, a inércia dos pais, seu ócio, a ausência de vontade de procurar um emprego, sua negligência, sua paternidade irresponsável não pode se equiparar à “falta”. Mesmo assim, apesar de caracterizada a total irresponsabilidade de um pai que abandona o filho, que não paga pensão de alimentos, que esconde o quanto ganha para não pagar, que pede demissão de seu emprego de carteira assinada para se tornar um próspero autônomo rodeado de “laranjas” por todos os lados... mesmo assim, mesmo concluindo que isso não caracteriza a “falta”... os avós são condenados ao pagamento da pensão que o pai não alcança... por quê? Porque entre um velho e uma criança, pelo princípio do “melhor interesse da criança”, o velho é sobrecarregado, é onerado, é desconsiderado. Para o idoso, nada; para a criança, tudo.

A doutrina faz algumas considerações sobre o significado do vocábulo “falta”, vocábulo empregado no Código Civil. Yussef Cahali utiliza como sinônimos de “falta” tanto a *falta absoluta*, resultado da morte ou ausência dos pais, como a *impossibilidade do cumprimento* da obrigação alimentar. No entanto não considera “falta”, se os pais, apesar de demonstrarem capacidade para o trabalho, não têm vontade de assistir adequadamente os filhos, ou seja, se os pais têm “capacidade”, mas não têm “disponibilidade” para o trabalho, preferindo demandar os avós, meio

³⁰⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil:** direito de família. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v.5, p. 505.

³¹⁰ CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 675.

³¹¹ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 748-749.

³¹² LEITE, Eduardo de Oliveira. *Prestação alimentícia...*, p. 85/86.

mais fácil e eficaz. Nesse caso, não concorda o autor que seja considerado como “falta” esse comportamento omissivo paterno, e por consequência, imprópria a ação contra os avós.³¹³

Cahali não defende que o parente de grau mais próximo exclui o mais remoto, mas afirma que “os mais remotos só serão obrigados quando inutilmente se recorrer aos que os precederem” E ressalta a singularíssima qualidade de devedores dos pais, que não podem ser dispensados de seu “dever paterno fundamental” como ocorre amiúde. O parente mais afastado somente será chamado à obrigação se o mais próximo não tiver condições de prestar alimentos. “E isto vale especialmente para os pais, cuja qualidade de devedores de alimentos é singular, e que não podem ser dispensados do dever paterno fundamental como se está pretendendo fazer.” Destaca o autor que o simples fato de ser mais cômodo ou mais fácil para o neto dirigir-se ao avô, não justifica excluir da obrigação o pai, pois “o direito não protege comodismo; não pode o comodismo, portanto, gerar qualquer direito.”³¹⁴

A expressão “falta” de *parentes* mais próximos tende a se ampliar, significando tanto inexistência, como ausência jurídica, ou incapacidade econômica, ou insuficiência de recursos do primeiro obrigado³¹⁵. Mas os *limites* dessa responsabilidade estão longe de se constituir uma questão já resolvida e muito menos pacífica.

Os pais são ascendentes de primeiro grau, e os avós os ascendentes de segundo grau. Os parentes mais próximos dos netos, em linha reta ascendente, são

³¹³ CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos...**, p. 470/472.

³¹⁴ CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos...**, p. 471, analisando jurisprudência da 2ª Câmara Cível do TJSP, EI 104.160-1, 13,03,1990.

³¹⁵ ALIMENTOS – PENSÃO ALIMENTÍCIA – BENEFÍCIO PLEITEADO POR NETO AOS AVÓS – ADMISSIBILIDADE – GENITOR QUE JÁ VEM PRESTANDO PENSÃO AO FILHO – IRRELEVÂNCIA – CIRCUNSTÂNCIA EM QUE RESTOU DEMONSTRADA A INSUFICIÊNCIA DA VERBA ALIMENTAR RECEBIDA. Ementa da Redação: Se os alimentos prestados pelo genitor ao filho são insuficientes para a sua subsistência, pode este reclamá-los dos avós, desde que demonstrada tal necessidade. Ap. 10000.00.313698-3/000 – Segredo de Justiça – 6.ª Câm. – j. 03.06.2003 – rel. Des. Jarbas Ladeira – DOMG 12.09.2003 “A jurisprudência há muito se firmou no sentido de que, por falta, pode-se entender não só a ausência, como também a incapacidade econômico-financeira dos pais de prestar os alimentos necessários à sobrevivência dos netos. Dessa forma passou-se a admitir o complemento da pensão que os pais deveriam prestar, pelos avós.”

os pais do neto – os filhos dos avós. Na falta dos pais, a obrigação recai sobre os avós, mais remotos, que têm uma responsabilidade *subsidiária*.

É nesse ponto que se planta um grande problema: os alimentos a serem providos para filho menor – bem como os alimentos para o cônjuge sem culpa na separação judicial – são amplos, e devem abranger tanto os alimentos *naturais* como os *civis*; a *contrariu sensu*, diversa é a situação dos alimentos para *parentes* ou *cônjuges* em outras situações. Esse mesmo tipo de obrigação vem sendo entendido por alguns juristas de forma genérica, como se todos os parentes tivessem a responsabilidade alimentar ampla, de suprir a totalidade das necessidades alimentares naturais e civis daqueles que lhes pedem em juízo. Sendo a obrigação do avô subsidiária, se o pai não tem condições de proporcionar a totalidade das necessidades ao filho, a obrigação avoenga deve se limitar às necessidades elementares, naturais do neto, e não às necessidades civis.³¹⁶

Deve-se sopesar adequadamente cada situação com harmonia, prudência e bom senso – o que fazem os argentinos, seja por sua doutrina³¹⁷, seja com sua jurisprudência³¹⁸, quando afirmam que as necessidades do alimentado, em cada caso, marcam o limite da quota a ser fixada, mesmo quando as possibilidades do alimentante permitam fixar alimentos em valores superiores. Não existem determinações legais a indicar com exatidão o *quantum* alimentar. Estabelecer a devida proporção entre os rendimentos do alimentante e o valor da pensão a ser fixada é uma tarefa do julgador, e não pode se cingir a cálculos aritméticos. É preciso um processo de valoração de todas as circunstâncias determinantes da quota alimentar. Prudência e objetividade são essenciais. E esse ensinamento deveria ser observado com mais frequência no Brasil, nos moldes da decisão:

ALIMENTOS. CARÁTER EXCEPCIONAL DA OBRIGAÇÃO AVOENGA. 1. Compete a ambos os genitores a obrigação de prover

³¹⁶ Esse o entendimento do direito argentino, cf. BOSSERT, Gustavo A. **Regimen jurídico de...**, p. 282.

³¹⁷ BOSSERT, Gustavo A. **Regimen jurídico de...**, p. 499.

³¹⁸ CNCiv. Sala K, 26/11/96, LL, 1998-B-897; CNCiv., Sala G, 20/6/91, R.93.092.

o sustento do filho menor, somente se justificando o chamamento dos avós quando comprovada a absoluta incapacidade econômica daqueles. 2. A obrigação alimentar dos avós é excepcional e somente se justifica quando nenhum dos genitores possui condições de atender as necessidades básicas do alimentando, o que, por ora, não está demonstrado nos autos. Recurso desprovido.³¹⁹

Aponta o relator do Acórdão, Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves que é dever dos pais prestar o sustento e também assegurar a plena educação ao filho menor, “sendo que a obrigação alimentar dos avós é decorrência do dever de solidariedade familiar”, em caráter excepcional, somente se justificando na falta ou impossibilidade tanto do pai como também da mãe. De conformidade com o disposto no artigo 1.698 do Código Civil, se um dos genitores não pode cumprir seu encargo, seja por impossibilidade econômica, seja por morte ou outro motivo, o sustento dos filhos se centra no outro genitor, e somente na impossibilidade de ambos os pais é que a obrigação deve recair nos avós. A obrigação dos ascendentes para com seus descendentes necessitados “é residual, em razão do dever de solidariedade familiar, já que a obrigatoriedade é, primeiramente, dos genitores, isto é, dos pais, pai e mãe, e pai ou mãe, um na falta do outro”. A obrigação paterna deve ser buscada, seja via de ação de alimentos, seja de execução, seja ainda de majoração de alimentos. Não é “razoável” impor tal obrigação aos avós, transferi-la do pai ao avô, nem por eventual omissão voluntária do pai.³²⁰

Nessa linha os ensinamentos de Yussef Said Cahali³²¹ ao afirmar que “somente após a demonstração da inexistência ou da impossibilidade de um dos

³¹⁹ AI 70020065546 7ª CC TJRS, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, 08/08/2007. “Decisão unânime.

³²⁰ APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE FAMÍLIA. ALIMENTOS. OBRIGAÇÃO AVOENGA. A obrigação alimentar avoenga, nos termos do art. 1.696 do Código Civil, detém característica subsidiária ou complementar, somente se justificando nos casos em que restar comprovada a incapacidade alimentar absoluta dos genitores. Não demonstrada a ausência dos pais do alimentando ou a impossibilidade econômica plena de prover o sustento do filho, descabe atribuir aos avós tal ônus. Sentença de improcedência mantida. Rel. André Luiz Planella Villarinho. Apelação Cível Nº 7002131792016 de julho de 2008.

³²¹ CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 704-709.

parentes de determinada classe em prestar alimentos é que se pode exigir pensão alimentícia de parentes pertencentes às classes mais remotas”.

Decidiu a 8ª Câmara Cível do TJRS³²² que a obrigação dos avós em prestar alimentos aos netos é subsidiária e complementar à dos pais, somente sendo admitida quando comprovada a impossibilidade dos genitores. O texto demonstra que os avós não podem “sacrificar seu próprio sustento” em benefício dos netos “quando não demonstrada a insuficiência ou absoluta incapacidade econômica dos pais”.

Embora a decisão tenha acolhido o apelo dos avós, lhes sendo favorável, se vamos fazer uma leitura *a contrariu sensu* o resultado é altamente preocupante, ou seja: os avós são poupados somente quando o seu próprio sustento está a perigo, o que denota um limite extremamente prejudicial aos avós. Enquanto o próprio sustento dos avós não for prejudicado, eles devem, sim, os alimentos aos netos, mesmo que com o sacrifício de sua vida pessoal, seu lazer, suas opções de alimentos civis. E somente são “poupados” quando o pedido ultrapassa a fronteira do que lhes é estritamente necessário à sobrevivência.

A conclusão nº 44 do Centro de Estudos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul apreciou essa questão, definindo o limite da obrigação avoenga somente aos alimentos naturais quando determinou que somente se configura a obrigação dos avós, em caráter subsidiário, quando os pais não dispõem de meios para prover as necessidades básicas dos filhos. Assim, não lhes é dado o direito de recorrer aos avós para buscar suas necessidades civis.

³²² (APELAÇÃO CÍVEL Nº 70022514616, OITAVA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: JOSÉ ATÁIDES SIQUEIRA TRINDADE, JULGADO EM 19/12/2007) Igual entendimento esposado em julgamento na 7ª CC TJRS: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ALIMENTOS. OBRIGAÇÃO AVOENGA. INADMISSIBILIDADE, NA ESPÉCIE, VEZ QUE NÃO COMPROVADA A IMPOSSIBILIDADE DOS PAIS. A OBRIGAÇÃO DE PAGAR ALIMENTOS RECAI NOS PARENTES MAIS PRÓXIMOS EM GRAU, INICIALMENTE EM LINHA RETA ASCENDENTE, UNS EM FALTA DE OUTROS (ART. 1.696 DO CC). SOMENTE QUANDO COMPROVADA A INSUFICIÊNCIA FINANCEIRA DE AMBOS OS PAIS É QUE RECAI A OBRIGAÇÃO AOS AVÓS. HIPÓTESE INOCORRIDA NO CASO EM ANÁLISE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. (SEGredo DE JUSTIÇA) (APELAÇÃO CÍVEL Nº 70020294534, SÉTIMA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: RICARDO RAUPP RUSCHEL, JULGADO EM 10/10/2007)

Se os pais têm condições, os avós não são obrigados³²³. O pai que trabalha deve prover os alimentos do filho.³²⁴ Negligência e omissão dos pais não caracteriza a “falta” de que trata o artigo 1.696; no entanto tanto a doutrina³²⁵ quanto a jurisprudência³²⁶ são taxativas em determinar que, utilizados os meios de coerção ao pai, se infrutíferos, a obrigação recai sobre os avós. Nessa linha de pensamento, não estão livres os avós, tendo a seu favor tão somente o fato de serem demandados primeiramente os pais. E aí que repousa o equívoco que se pretende demonstrar: *demandados os pais, e inertes, os avós não têm a mesma obrigação quantitativa do que os pais*. Os alimentos a serem alcançados pelos avós não podem ser os mesmos que os pais teriam que alcançar, sob pena de se praticar – e se pratica – uma grande injustiça para com os avós.

³²³ Apelação Cível. Alimentos. Obrigação avoenga. 1. Tratando-se de alimentos postulados aos avós, é preciso averiguar se as condições que desfrutam ambos os genitores inviabilizam o atendimento minimamente adequado das necessidades do alimentando, sendo certo, outrossim, que este não tem direito a desfrutar de eventual padrão de vida que o avô lhe possa proporcionar, devendo ficar adstrito ao que é possível dispor com a renda de pai e mãe, a menos que estes não tenham condições para lhe fornecer um mínimo de vida digna e, de outro lado, os avós detenham tal possibilidade. 2. Considerando que: (1) a mãe é microempresária e não demonstrou a impossibilidade de contribuir com o mínimo para uma vida digna aos filhos; (2) o pai, apesar de não contribuir de forma regular para a manutenção dos filhos, pagou significativa quantia recentemente, em ação de execução de alimentos, e está sendo pleiteada a penhora de crédito trabalhista para saldar débito em outra execução; (3) os avós são pessoas de idade avançada, com renda familiar de aproximadamente R\$ 2.500,00, possuem problemas de saúde, fazendo uso de medicação de uso constante, não apresentando, com isto, condições financeiras para contribuir com o sustento dos netos, não vinga a pretensão dos apelantes, de verem os avós condenados ao pagamento de pensão alimentícia. Negaram provimento. Unânime. Nº 70016492225. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, Relator. (Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves e Des. Ricardo Raupp Ruschel).

³²⁴ ALIMENTOS – PENSÃO ALIMENTÍCIA – AÇÃO INTENTADA CONTRA AVÓ DOS MENORES – INADMISSIBILIDADE GENITOR DAS CRIANÇAS QUE TRABALHA E TEM CONDIÇÕES DE ARCAR COM O SUSTENTO DOS FILHOS – VALOR ARBITRADO QUE DEVE ATENDER AO BINÔMIO NECESSIDADE E POSSIBILIDADE – INTELIGÊNCIA DO ART. 1.696 DO CC (de 2002). Ementa oficial: Nos termos do art. 1696 do CC “O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, um em falta dos outros.” Se o pai das crianças trabalha, cabe-lhe – e não à avó dos menores – arcar com os alimentos indispensáveis ao sustento dos filhos. A impossibilidade de pagamento da pensão deve estar cumpridamente demonstrada pelo alimentante como fato impeditivo da pretensão do alimentado, o que aqui não se verificou. O valor arbitrado para alimentos deve atender ao binômio necessidade e possibilidade. AG 1.0625.04.036938-5/001- Segredo de Justiça – 7.ª Câmara. CTJMG – j. 03.05.2005 – rel Des. Wander Marotta.

³²⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2005. v.6, p. 482.

³²⁶ “[...] a omissão paterna, derivada de causas diversas, que possa expor em risco o sustento dos filhos, é fato suficiente a justificar ao menos o processamento da ação contra os avós.” (7ª CC TJSP). 01.01.1995, JTJ 176/22) *apud* LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Alimentos no novo Código Civil**: aspectos polêmicos. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v.5, p. 74.

A transferência da obrigação para os avós não pode, nem deve fomentar a ociosidade, nem tampouco o comodismo, quer pela imoralidade que configuraria a hipótese, quer pela flagrante injustiça se, como vimos, os idosos têm direito a vivenciar a velhice com tranqüilidade e sossego.³²⁷

Bossert³²⁸, lembrando Beluscio, afirma categoricamente que a diferença da obrigação alimentária entre parentes e a obrigação com o filho menor deriva dos deveres que estão contidos no “pátrio poder” (*patria potestas*). Mas não somente no “pátrio poder”, e sim na filiação, uma vez que o pai, mesmo sendo privado do poder familiar, mantém a obrigação para com o filho. Portanto aponta desde logo uma diferenciação.

Não se pode dissociar a questão alimentar do enfoque psicológico. Ivone Coelho de Souza analisa essa relação, afirmando que há uma incógnita na participação dos avós para suprir as funções de filhos incapacitados, seja de que forma for, judicialmente ou extrajudicialmente,

[...] seja porque a disponibilidade esteja a serviço de um velado descrédito para com o que julga perceber nas capacidades do filho, insuficientes, precárias, para garantir a sobrevivência da prole (neto). Simultaneamente porém, pode representar um resgate de culpas, uma reparação ante o as carências que expõem outra vez o filho mal-assistido de outrora.

Quando a discussão chega ao Judiciário, as negociações familiares já estão esgotadas, a unidade desfeita, e posta uma disputa intergeracional. “[...] As carências afetivas jazem encobertas pelas econômicas.”³²⁹

O equívoco em atribuir aos avós uma obrigação maior do que lhes compete está intimamente ligado ao conceito e atribuições decorrentes do “poder familiar” – *patria potestas*. As características do antigo “pátrio poder” estão explícitas no

³²⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. Prestação alimentícia..., p. 75.

³²⁸ BOSSERT, Gustavo A. **Regimen jurídico de...**, p. 191.

³²⁹ SOUZA, Ivone Maria Coelho de. Papéis avoengos..., p. 177-178. A autora é psicóloga.

Estatuto da Criança e Adolescente, bem nítidas nos artigos 21 e 22, que determinam:

Art. 21 - O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

Art. 22 - Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Embora de caráter nacional, em muitos julgamentos não são levados em conta os Enunciados aprovados na IV Jornada de Direito Civil³³⁰, que tratam da responsabilidade dos avós, em especial os de números 342 e 344:

Enunciado 342 - Observadas as suas condições pessoais e sociais, os avós somente serão obrigados a prestar alimentos aos netos em caráter exclusivo, sucessivo, complementar e não-solidário, quando os pais destes estiverem impossibilitados de fazê-lo, caso em que as necessidades básicas dos alimentandos serão aferidas, prioritariamente, segundo o nível econômico-financeiro dos seus genitores.

Enunciado 344 - A obrigação alimentar originada do poder familiar, especialmente para atender às necessidades educacionais, pode não cessar com a maioridade.

³³⁰ As Jornadas de Direito Civil são promovidas pelo Conselho da Justiça Federal CJF há alguns anos, e se constituem em importantes acontecimentos culturais na área do direito privado. Os enunciados, que servem como orientação para o entendimento de determinados artigos do Código Civil, são elaborados por comissões de trabalho compostas por especialistas - professores universitários e operadores do Direito, que têm como Coordenador científico o ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça, Ruy Rosado de Aguiar Júnior. A IV Jornada foi realizada no ano de 2006.

Os critérios de “necessidade” e “possibilidade” devem estar sempre atrelados ao exame do critério de “obrigatoriedade”. Os avós podem ostentar um padrão de vida elevado, e, realmente, sob um ângulo objetivo, ter “possibilidade” de alcançar alimentos aos netos, que estão em situação de “necessidade”. No entanto não se podem olvidar os limites da obrigação avoenga, nem o fato de que os avós não têm a obrigação de proporcionar aos seus netos o mesmo padrão de vida deles, dos avós³³¹, mas, sim, os netos é que devem viver de acordo com o padrão de seus próprios pais!³³² *Poder arcar* não significa *dever arcar*! E aí, nesse equívoco, se origina um imenso problema em nosso sistema jurídico atual: os limites da obrigação avoenga.

Ocorre que, seja no Judiciário, seja entre os doutrinadores, a cada vez que se põem em confronto um neto e um avô, é evocado o princípio do “melhor interesse da criança”; e mesmo que o pai seja omissor, relapso, e não alcance o necessário ao filho porque não quer, mesmo que o avô esteja já sobrecarregado, mesmo que o avô tenha que abrir mão de sua sonhada viagem ao exterior, planejada durante décadas de trabalho... a tendência é concluir que “a criança não pode ser prejudicada”... e, mais uma vez, o peso da responsabilidade recai sobre os avós, que terão que abrir mão de seu conforto, de seus sonhos, de seus próprios projetos de vida.

Em emblemático julgamento de alimentos contra a avó, examinando pedido de criança com 11 anos de idade, contando sua mãe com 25 anos, a

³³¹ Embargos Infringentes n. 70003909363, da lavra do emérito Desembargador LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS, que contou com a seguinte ementa: EMBARGOS INFRINGENTES. ALIMENTOS. OBRIGAÇÃO DOS AVÓS. A obrigação alimentar dos avós é excepcional, somente se configurando quando absoluta a impossibilidade dos genitores, o que não ocorre na hipótese. Os netos não têm direito ao padrão de vida dos avós. Acolheram os embargos.

³³² APELAÇÃO CÍVEL. ALIMENTOS. OBRIGAÇÃO AVOENGA. 1. A obrigação de pagar alimentos recai nos parentes mais próximos em grau, inicialmente em linha reta ascendente, uns em falta de outros (art. 1.696 do CCB). Desta forma, tratando-se de alimentos postulados à avó, é preciso averiguar se as condições de que desfrutam ambos os genitores inviabilizam o atendimento minimamente adequado das necessidades da alimentanda, sendo certo, outrossim, que esta não tem direito a desfrutar de eventual padrão de vida que a progenitora lhe possa proporcionar, devendo ficar restrito ao que é possível dispor com a renda de pai e mãe. Assim, para a condenação da avó ao pagamento de pensão, não basta prova de que o genitor não está cumprindo sua obrigação alimentar, devendo, também, ser provado que a genitora não dispõe de condições financeiras para proporcionar o mínimo para uma vida digna para a alimentanda. Negaram provimento. Unânime. Nº 70016748758.

Desembargadora Maria Berenice Dias culpou a sociedade por ter a adolescente engravidado, e responsabilizou os avós à prestação alimentar: defendeu que “o não-reconhecimento da obrigação dos ascendentes acaba gerando esse mal social tão significativo, a que a justiça precisa atentar de uma maneira mais de perto.”³³³

Em primeiro lugar, é temerário e simplista atribuir culpa à sociedade; em segundo lugar, se a “culpa” é da sociedade, quem deve responder em nome da “sociedade” não são os avós, mas, sim, quem a representa: o “Estado”, inclusive por previsão constitucional.³³⁴

Em se tratando de alimentos e Direito de Família, imperiosa a busca de um critério de equilíbrio. A criança, o idoso, postos frente a frente – qual a prevalência? De que forma não ferir o direito constitucional da dignidade de cada um desses componentes da relação processual? É necessário que se busque um critério de equilíbrio entre o princípio fundamental da dignidade do idoso e o princípio fundamental da dignidade da criança e adolescente para auxiliar na delimitação da obrigação alimentar dos avós.

2.2 A busca de um critério de equilíbrio entre o princípio fundamental da dignidade do idoso e o princípio fundamental da dignidade da criança e adolescente para delimitação da obrigação avoenga

O Pacto de San José de Costa Rica, firmado na cidade de San José, em Costa Rica, país da América Central, durante a Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em 22 de novembro de 1969, foi ratificado

³³³ Acompanhou seu entendimento o Desembargador José Carlos Teixeira Giorgis, resultando na ementa: “Não estando o genitor atendendo ao pagamento dos alimentos em favor do filho, tal encargo deve ser assumido pelos avós paternos, principalmente levando-se em conta que o neto é fruto de uma gravidez na adolescência”. Apelo provido em parte por maioria, vencido o Relator Des. Luiz Felipe Brasil Santos. AC Nº 70011594801.

³³⁴ Vide artigo 227 da Constituição da República Federativa do Brasil.

pelo Brasil em setembro de 1992. Seu artigo 19 determina que toda criança terá direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer, por parte da sua família, da sociedade e do Estado.

Os países que aderiram à Convenção firmaram compromisso de respeitar os direitos e liberdades ali reconhecidos, garantindo, sem discriminações, o livre e pleno exercício de tais direitos a todas as pessoas sujeitas a sua jurisdição. Caso ainda não haja leis ou disposições garantidoras dos direitos e liberdades pactuados, os países signatários se obrigam a tomar as medidas legais de modo a garantir a efetividade dos direitos salvaguardados. Compete à *Comissão Interamericana de Direitos Humanos* e à *Corte Interamericana de Direitos Humanos* proteger esses direitos e liberdades, conhecendo dos assuntos relativos ao cumprimento da Convenção.

Enquanto a criança e o adolescente despertavam interesse já no final do século XIX, somente a partir da década de 1950 foi que a Psicologia passou a dirigir seu foco a assuntos pertinentes à idade adulta e à velhice.³³⁵ Hoje, tanto o idoso quanto a criança e o adolescente buscam ver sua dignidade preservada e protegida constitucionalmente.

No rumo inexorável da vida, todos os componentes de uma família rumam para a velhice, se não morrerem antes. Os pais envelhecem, e os filhos, mais tarde, também. Os pais se tornam avós, e os filhos se tornam pais...

A expectativa de vida, hoje, aumentou consideravelmente. A tecnologia, a medicina – destacadamente a descoberta da penicilina por Alexandre Fleming na primeira metade do século XX colaboraram sensivelmente para essa modificação. Melhorou a qualidade de vida humana, aumentou a longevidade.

O envelhecimento da população mundial não foi preocupação de estudiosos até as duas últimas décadas do século XX. A expectativa de vida do homem

³³⁵ SOUZA, Ivone Maria Coelho de. Papéis avoengos... p. 165-181. A autora gaúcha é psicóloga, psicoterapeuta, especialista em Psicologia Clínica e Psicologia Jurídica, e autora de artigos de Psicologia Jurídica em Direito de Família.

brasileiro, que era de 45,5 anos em 1940, passou a 70,4 no ano de 2000, conforme censo do IBGE.

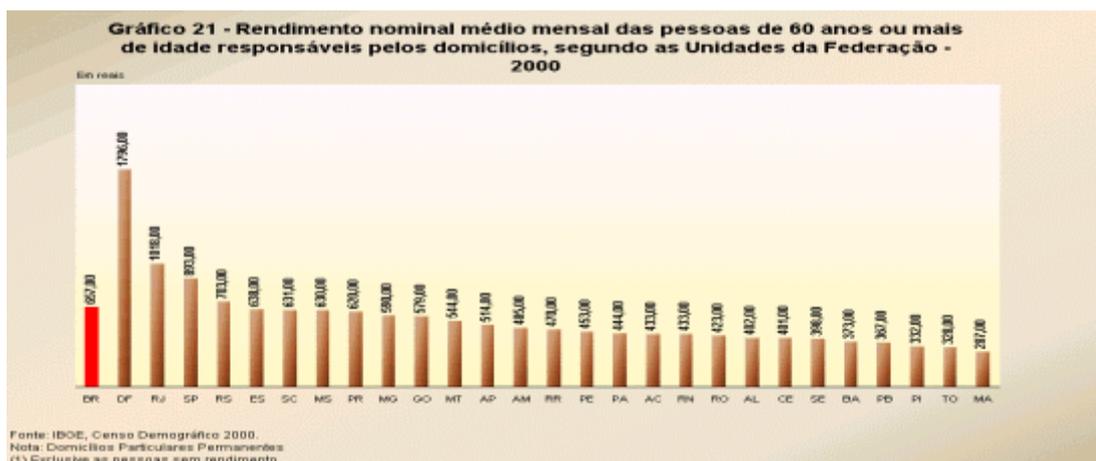
A Organização Mundial de Saúde, pela imprensa, mostra a nova realidade das populações humanas, em que o envelhecimento populacional se contrapõe à baixa do índice de natalidade, do que resulta uma população cada vez mais envelhecida, e um escasso número de jovens. Esse fenômeno pode ser observado até pelo turista quando passa por países como, por exemplo, a Itália já duas décadas atrás. Há vinte anos, passava-se pelas ruas italianas sem que se visse uma só família com criança, um só carrinho de bebê. Hoje, essa situação fática já está em vias de modificação, pois, pelo menos no sul do país, já se observam mais carrinhos de bebês circulando pelas praças, o que não havia há anos passados.

No Brasil, de 1980 a 1999, houve um aumento em torno de 70% da população idosa. Em um período de 24 anos, a esperança de vida ao nascer no Brasil, aumentou, por ano, em média, em 5 meses.³³⁶ A projeção da expectativa de vida média de sua população para o ano de 2050, é de 13,5 milhões de pessoas com idade igual ou superior a 80 anos de vida, o que corresponde, hoje, à expectativa de vida da população japonesa, conforme se depreende da análise do quadro infra colacionado.

Mesmo assim, ao considerar que no Japão em 2004 a expectativa de vida média já era superior a 81 anos, enquanto no Brasil era de pouco mais que 71 anos, tem-se que o Brasil ainda está atrás. E, de acordo com a projeção mais recente da mortalidade, somente por volta de 2040 o Brasil estaria alcançando o patamar de 80 anos de esperança de vida ao nascer.³³⁷

³³⁶ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Perfil dos Idosos...**

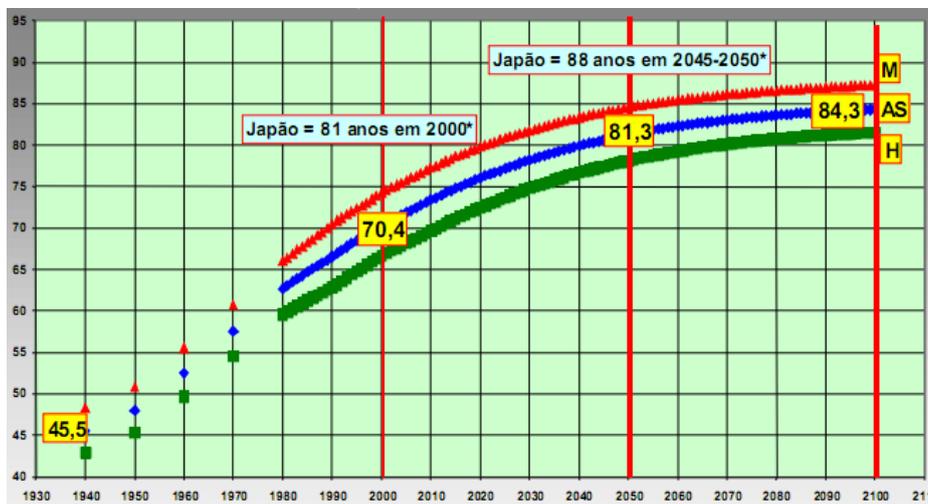
³³⁷ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Diretoria de Pesquisas. Coordenação de População e Indicadores Sociais. **Projeção da população do...**



Teve lugar, no dia 25 de junho de 2009, na cidade do Rio de Janeiro, o IV Fórum da Longevidade.³³⁸ Devido ao crescente aumento da expectativa de vida dos brasileiros, travou-se ampla discussão a respeito da qualidade de vida das pessoas, seus riscos, saúde e longevidade. Ratificou-se a posição de vanguarda do Japão, com mais de 36.000 pessoas com mais de cem anos, sendo que mais de 105.000 com mais de 105 anos. No Brasil, de acordo com os dados do IBGE, as pessoas com mais de sessenta anos ultrapassam a casa dos 18 milhões, projetando-se para o ano de 2050 uma população de 64 milhões de idosos nessa faixa etária.

³³⁸ FÓRUM DA LONGEVIDADE, n.4, 25 jun. 2009, Rio de Janeiro. **Veja**. São Paulo: Abril, a. 42, n. 30, 29 de jun. 2009. Informe publicitário encartado.

Gráfico 6. Evolução da esperança de vida ao nascer, por sexo- Projeção – Brasil, 1940/2100



Fonte: IBGE, Censos demográficos 1950-2000. Projeção da população do Brasil por sexo e idade para o período de 1980-2050 United Nations Population Division, World Population Prospect. The 2002.³³⁹

A tendência mundial de envelhecimento populacional traz consigo problemas sócio-econômicos de profundidade, com reflexos imediatos no sistema previdenciário e assistência médico-hospitalar.

É um desafio aos governos o problema social daí gerado. No Brasil, com um elevado índice de miseráveis, sistema público de saúde em crise pública e notória, em que os direitos fundamentais existem em tese, mas na prática não são assegurados, o aumento populacional da terceira idade gera crise principalmente e exatamente na questão previdenciária e na assistência médica.

E, nesse sistema caótico, em que cada dia mais velhos povoam o globo, em que paralelamente se concretizam os avanços da medicina com o resultado da longevidade, os velhos, sem um sistema de saúde apropriado, sem uma aposentadoria digna, ainda são onerados com pensões alimentares... aos filhos adultos... aos netos filhos de filhos que não os sustentam... E, ainda por cima, são

³³⁹ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Diretoria de Pesquisas. Coordenação de População e Indicadores Sociais. **Projeção da população do...**

responsabilizados como se pais fossem – quando pais já o foram de seus próprios filhos...

A Organização das Nações Unidas (ONU), em 1982, promoveu uma Assembléia Mundial sobre o Envelhecimento, em prol da proteção e garantia dos direitos humanos fundamentais da pessoa idosa. Nessa esteira, a Constituição brasileira não descuidou a proteção da pessoa idosa na Carta de 1988, que recepcionou a independência, a participação social, a assistência, a satisfação e a dignidade das pessoas idosas. E atribuiu à família responsabilidade para com o idoso.

Os idosos são, em sua maioria, responsáveis pelo sustento do lar onde moram. Querem ser respeitados por sua trajetória de vida e experiência.

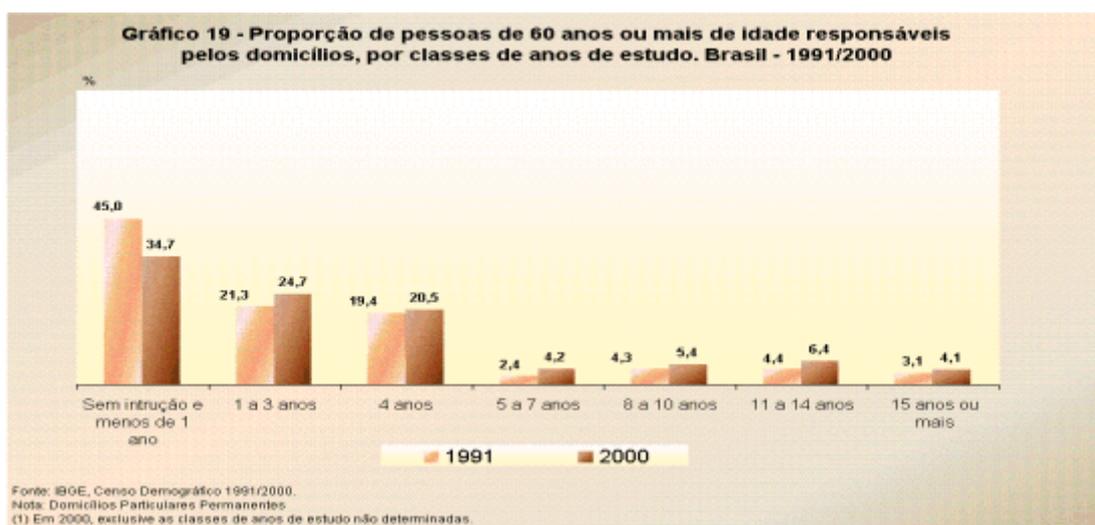
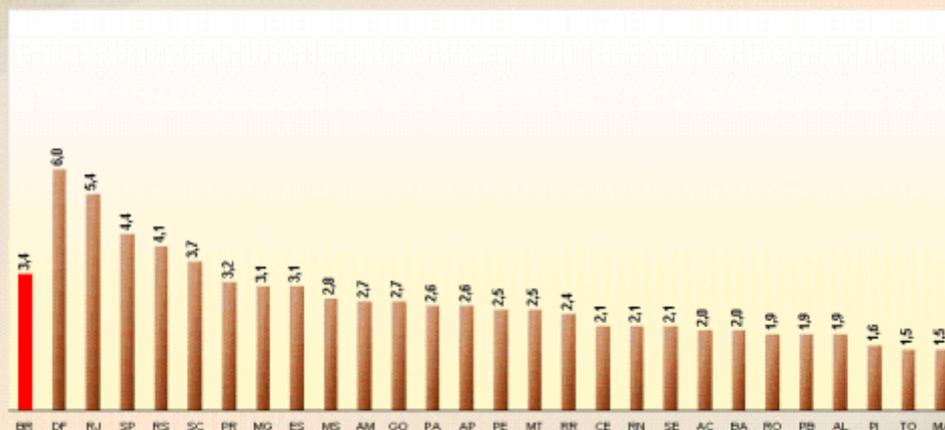
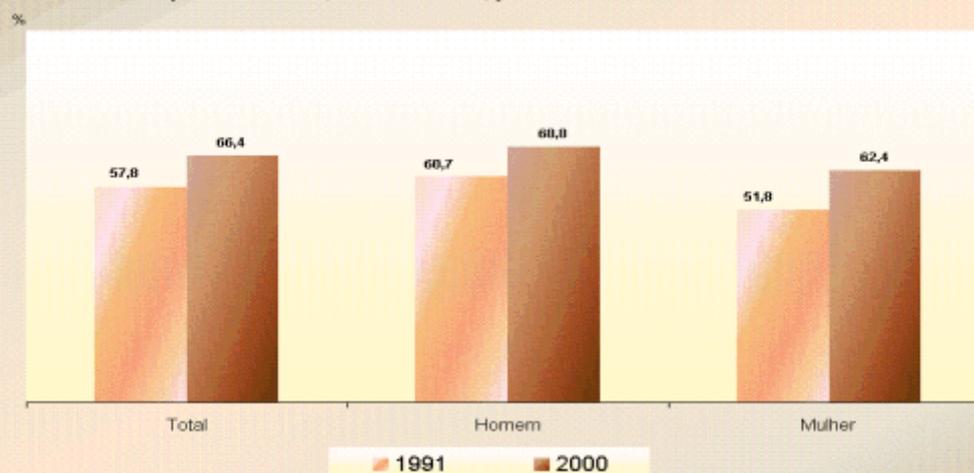


Gráfico 15 - Média de anos de estudo das pessoas de 60 anos ou mais de idade responsáveis pelo domicílio, segundo as Unidades da Federação - 2000



Fonte: IBGE, Censo Demográfico 2000.
Nota: Domicílios Particulares Permanentes

Gráfico 13 - Proporção de pessoas de 60 anos ou mais de idade responsáveis pelo domicílio, alfabetizadas, por sexo. Brasil - 1991/2000



Fonte: IBGE, Censo Demográfico 1991/2000.
Nota: Domicílios Particulares Permanentes

Thomas Perls³⁴⁰ afirma que ter uma vida espiritual relevante, manter amizades e bons relacionamentos, cultivar vínculos, manter bom humor e saber agir perante as adversidades são fatores de prolongamento da vida. A cientista Suzana Herculano-Houzel³⁴¹ destaca a importância de manter o estresse sob controle e diminuir a ansiedade, divertindo-se, relaxando, tendo um *hobby* e também cultivando o amor e o carinho, que são manifestações de apoio social. A família exerce papel fundamental para o desenvolvimento desses fatores junto ao idoso, sobre ela

³⁴⁰ FÓRUM DA LONGEVIDADE, n.4...

³⁴¹ Neurocientista, professora da UFRJ - Universidade Federal do Rio de Janeiro.

recaindo inescusável responsabilidade jurídica familiar *ante* a velhice. Além dos cuidados que os idosos merecem, por meio de comportamentos comissivos e que lhe são devidos por determinação constitucional, é de fundamental importância, no estudo em foco, o comportamento omissivo positivo, no sentido de não tomar medidas ou atitudes que possam prejudicar os idosos, ou seja, não dirigir contra eles descabidas ações judiciais em busca de alimentos.

Podemos identificar no Direito de Família quatro modelos de responsabilidade jurídica familiar ante a velhice, todos relacionados entre si, e todos com referência a um “modelo conceitual” de responsabilidade jurídica: o modelo totalitário, o abstencionista, o paternalista, e o multigeracionista. Estudo realizado na Argentina demonstra similitude com a realidade brasileira³⁴², motivo pelo qual merece ser analisado.

O modelo *totalitário* nasceu na Antiguidade, permanecendo até a Idade Média. Teve como base quatro pressupostos: 1) um conceito de Estado forte e autoritário; b) uma sociedade com baixa expectativa de vida, dividida em classes ou estamentos fixos, com pouca capacidade de ascensão social de seus integrantes ; 3) uma estrutura familiar rígida organizada em torno da figura do *pater*, (homem, idade adulta, proprietário e administrador dos bens de todos os integrantes do grupo); 4) um conceito mediatizado da velhice, ambivalente e estereotipado. O velho ou era ignorado pela maioria das pessoas, como um ser decrépito, decadente, com corpo e alma corrompida, ou era a ponte entre o mundo dos mortais e o sobrenatural.

O bom funcionamento desse modelo permitia que a família atendesse aos idosos, provendo-lhe alimentos, suporte afetivo e patrimonial – em troca do controle de suas vidas.

O modelo *abstencionista* surgiu na modernidade, permanecendo no decorrer de todo o século XIX. Acompanhou a concepção antropocêntrica do universo, com

³⁴² O desenvolvimento desse item teve como fonte na íntegra um artigo -- muito bem elaborado por DABOVE, Maria Isolina. Derecho y multigeracionismo..., *passim*.

modificações significativas na economia, Estado, organização social, família e na própria percepção da velhice.

O feudalismo deu lugar ao sistema mercantilista e ao capitalismo moderno, à imprensa. A burguesia se consolidou como a nova classe. A família atua como fator econômico importante, com produção e manufatura em pequenos grupos familiares, e os velhos nesse período são desprezados e marginalizados, porque considerados improdutivos, inúteis.

A Inglaterra havia criado nos séculos XVI e XVII um sistema de ajuda pública a indigentes, base do modelo abstencionista que se impôs até o século XIX, e que foi a fonte de dois princípios operativos de responsabilidade jurídica relativamente aos cuidados dos anciões. De um lado, tem-se o princípio da responsabilidade familiar em matéria assistencial, mediante o qual filhos e netos estavam obrigados expressamente a prestar alimentos e atenção a seus ascendentes, pais ou avós. Por outro lado, havia também uma obrigação estatal de prestar socorro público de forma subsidiária nas hipóteses em que as famílias declararam sua impossibilidade de fazê-lo. Esse modelo teve influência nos códigos da América Latina, destacando-se o argentino e brasileiro.

O modelo *paternalista* chegou junto com o “estado de bem-estar” do século XX, seguindo a concepção antropocêntrica do universo, mantendo-se até os anos 80.

O êxodo rural, a Revolução Industrial, o trabalho assalariado, as filosofias socialistas, os progressos da ciência, o crescimento demográfico com aumento considerável da expectativa de vida, tudo foi contribuindo para superar o modelo burguês então dominante. Novas formas de organização social e institucional, a família nuclear substituindo a família ampla, e em consequência, novos conceitos de velhice. Cada componente da família passa a ter um papel rigorosamente estabelecido.³⁴³ Os avós passam a ser os colaboradores principais a quem recorrer para cuidar dos netos pequenos.

³⁴³ DABOVE, Maria Isolina. Derecho y multigeneracionismo..., p.44.

O cuidado com os idosos não mais está limitado exclusivamente ao direito privado, como na modernidade, mas dividida com a entidade estatal, com políticas públicas constitucionalmente asseguradas, como o direito ao seguro social, pensões e aposentadorias aos idosos, dando uma folga ao patrimônio do grupo familiar economicamente ativo.

O modelo *multigeneracionista* surgiu na pós-modernidade e, junto com ele, novos padrões econômicos de produção. A geração de bens e serviços é substituída pela vontade de consumo. Tendência crescente ao envelhecimento da população. Aumento conseqüente de pessoas adultas e velhas. Diminuição de lares jovens. Aumento de famílias integradas por pessoas de idade. O novo cenário familiar que põe em cheque o modelo paternalista é denominado por Maria Isolina Dabove de “multigeneracionismo”. Nessa fase, as tradicionais famílias compostas por velhos viúvos e filhos são substituídas por casais de anciães, famílias *monoparentais unipersonais*, famílias não nucleares – formadas por irmãos ou irmãs que moram juntos – e anciães que residem em instituições especiais pra idosos. Exigências de cuidados, alimentos, inclusão e participação das famílias e anciães crescem de maneira vertiginosa num Estado cada vez mais impotente para responder a esses reclamos.

No Brasil, o Estado se mostra mais omissso do que impotente. A omissão é explícita quando joga exclusivamente nos ombros da família a responsabilidade que também é, constitucionalmente, sua, chegando ao ponto de manter na lei e na Constituição um dos dois únicos casos de prisão civil: a inadimplência alimentar. A determinação constitucional de prisão vem estampada no artigo 5º, inciso LXVII. E se reflete no artigo 733, § 1º, do Código de Processo Civil. Trata-se, na verdade, do único caso, pois na prática as situações de prisão para depositário infiel são passíveis de *habeas corpus* concedidos pelos Tribunais, e a mesma sorte não ocorre com o devedor de alimentos.

O governo brasileiro preferiu descartar-se daquela obrigação, de ordem pública como é notoriamente sabido, fazendo recaí-la, sempre

e ainda uma vez, sobre os ombros do particular, com todas as mazelas daí decorrentes (inadimplência escandalosa, fuga de responsabilidade do genitor devedor, abandono dos menores).³⁴⁴

2.2.1 A dignidade como direito fundamental da criança e do idoso

É necessário que se tenha com muita clareza a premissa básica da superioridade hierárquica dos princípios e valores da Constituição de 1988 sobre a legislação infraconstitucional. As normas de justiça social promovem a proteção integral da criança e adolescente, mediante regras impositivas, comandos, preceitos obrigatórios. A dignidade humana é um dos cinco preceitos da Constituição, conforme art. 1º, inc. III, – e mesmo o seu próprio sustentáculo. A Constituição de 88 criou um *sistema especial de proteção dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes*, protegendo a dignidade humana dessas pessoas especiais, por meio de uma especificação, uma particularização do sistema constitucional dos direitos fundamentais do cidadão.³⁴⁵

Esse sistema especial se funda no *princípio constitucional de respeito à peculiar condição de crianças e adolescentes de pessoa em desenvolvimento* com fundamento no paradigma da proteção integral. Reconhece-se que os atributos da personalidade infanto-juvenil têm conteúdo distinto daquele relativo à personalidade adulta, e essa distinção repousa exatamente na *vulnerabilidade* da criança e adolescente em comparação com o adulto. Dessa forma, e em razão do princípio da igualdade, no entender de Nelson Nery Júnior e Martha de Toledo Machado, esse sistema especial de proteção instituído pela Constituição de 88 apresenta a característica de conceder uma gama maior de direitos fundamentais a toda criança e adolescente, que passaram a gozar de direitos fundamentais *exclusivos*, somados

³⁴⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. Prestação alimentícia..., p. 59.

³⁴⁵ NERY JÚNIOR, Nelson; MACHADO, Martha de Toledo. O estatuto da criança e do adolescente e o novo Código Civil à luz da Constituição Federal: princípio da especialidade e direito intertemporal. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v.3, n.12, p. 14-15, out./dez. 2002.

aos direitos fundamentais dos adultos.³⁴⁶ Assim, cabe à família, à sociedade e ao Estado a obrigação prioritária comissiva de assegurar tais direitos às crianças e aos adolescentes, conforme artigo 227 da CF.

O motivo fundamental dessa proteção especial é que as crianças e adolescentes ainda não se encontram com sua formação completa, estão em desenvolvimento, não atingiram suas potencialidades, tanto no campo físico como psíquico, motor, endócrino, intelectual, cognitivo, moral e social. Sua situação fática é especial, e de maior vulnerabilidade; sua força é menor que a dos adultos; suas potencialidades e sua capacidade também. Por isso, necessitam da proteção especial que lhes é outorgada pela Constituição Federal.

É exatamente a “vulnerabilidade” que

a) *distingue* crianças e adolescentes de outros grupos de seres humanos simplesmente *diversos* da noção de *homo medio*; b) *autoriza e opera a aparente* quebra do *princípio da igualdade* – porque são portadores de uma desigualdade inerente, intrínseca, o ordenamento confere-lhes tratamento mais abrangente como forma de equilibrar a *desigualdade de fato* e atingir a *igualdade jurídica material* e não meramente formal – por meio de “processo de especificação do genérico” no qual se realiza o respeito à máxima *suum quique tribuere*.³⁴⁷

A Constituição da República Federativa do Brasil valoriza o princípio da dignidade da pessoa humana, declara a igualdade entre homem e mulher e dá especial atenção para a família, a criança, o adolescente e o idoso. No artigo 5º da Carta Magna está consagrado o princípio da *igualdade*, quando dispõe:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-s aos brasileiros e aos estrangeiros residentes

³⁴⁶ NERY JÚNIOR, Nelson; MACHADO, Martha de Toledo. O estatuto da criança..., p 16

³⁴⁷ NERY JÚNIOR, Nelson; MACHADO, Martha de Toledo. O estatuto da criança..., p 18.

no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

A criança e o adolescente receberam atenção por meio de preceito especial, o artigo 227, da Constituição Federal:

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

O idoso, por sua vez, também foi alvo de especial atenção, consubstanciada no artigo 230:

A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

Nota-se que o princípio da *dignidade* é ressaltado tanto com relação à criança e adolescente, como com relação ao idoso.

Embora expressamente previsto, tormentosa a definição do que se constitua o princípio da “dignidade”, mais notada por sua ausência do que por sua existência. Apesar disso, Ingo Sarlet logrou definir a *dignidade* da forma seguinte:

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.³⁴⁸

A preocupação especial, os cuidados com o idoso e com a criança passaram a integrar pela primeira vez a Constituição brasileira no ano de 1988. Os cuidados com o idoso estão muito presentes na Europa, notadamente na Itália, que, de uma forma muito especial, se preocupa com o envelhecimento de sua população,³⁴⁹ o que leva o país a buscar e definir os direitos dos anciões.

No ordenamento jurídico *italiano*, o sistema governamental prevê uma pensão social ao maior de 65 anos desprovido de rendas, como tutela do tipo universal.³⁵⁰ Ao idoso, lá se doa, e não se tira – o que se constata na própria responsabilidade limitada que lhe é atribuída com relação aos netos.

A condição do ancião, mesmo autossuficiente, merece a atenção constitucional como basilar ao indivíduo, seja com relação à saúde, à dignidade, à igualdade, à segurança social. A pessoa idosa, seja em razão de sua fragilidade física, seja da possível dependência de cuidados prestados por terceiros, deve ser considerada destinatária de uma tutela particularmente especial por parte da Carta Constitucional, tutela essa traduzida em resposta a um ordenamento pela promoção dos direitos fundamentais dos idosos.³⁵¹

³⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

³⁴⁹ COMANDÉ, Giovanni. **Diritto privato europeo e diritti fondamentali**: saggi e ricerche. Torino: G. Giappichelli, 2001, p. 214.

³⁵⁰ COMANDÉ, Giovanni. **Diritto privato europeo...**, p. 216.

³⁵¹ COMANDÉ, Giovanni. **Diritto privato europeo...**, p. 217.

A ausência de autossuficiência não significa inabilidade; enquanto a primeira é graduável e atende à esfera da vida quotidiana da pessoa, a inabilidade é um conceito absoluto, que se refere à falta de atitude do sujeito para desenvolver qualquer atividade laborativa.³⁵²

O direito à saúde pode ser compreendido como um direito “supremo e inviolável” e como “direito a prestações”, sendo obrigação do Estado tutelar o “bem-saúde”³⁵³

A dignidade da pessoa humana deve ser preservada tanto por ela mesma, como também por terceiros e pelo Estado. O ser humano, dotado de um valor próprio, intrínseco não pode ser transformado em objeto ou instrumento, nem por ele próprio. Na concepção de Kant, acolhida por Ingo Sarlet, a pessoa é vista como um fim, e não como um meio, e, portanto, não pode ser coisificada ou instrumentalizada.³⁵⁴

É difícil conceituar a dignidade da pessoa humana, mas se torna fácil constatar quando essa dignidade é atacada, agredida, tornando-se possível identificar melhor sua ausência do que a sua presença. A dignidade se identifica com o valor próprio que identifica o ser humano como tal.³⁵⁵

A dignidade como qualidade intrínseca da pessoa humana é irrenunciável e inalienável.³⁵⁶ Quando a mulher que busca alimentos tem condições de prover o seu próprio sustento e prefere ficar sendo mantida economicamente por ex-marido, como se fosse inferior a ele em condições de prover a sua manutenção, ela está

³⁵² Tradução livre da autora do original: “Non autosufficienza non é sinônimo de inabilita: mentre la prima è graduabile ed attiene allá sfera della vita quotidiana della persona, l’inabilitá è um concetto assoluto che si riferisce allá mancata attitudine del soggetto a svolgere una qualsiasi attività lavorativa.” COMANDÉ, Giovanni. **Diritto privato europeo...**, p. 215.

³⁵³ “Il diritto allá salute si può intendere sia come diritto *supremo ed inviolabile* (pretesa – di contenuto negativo - a chei i pubblici poteri ed i consocviati non vengano a turbar ela sfera di interessi riservata al godimento del titolare del diritto) che como *diritto a prestazioni* per la tutela della salute (pretesa – di contenuto positivo – a che lo Stato intervegna direttamente a tutelare il bene-salute apprestando lê risorse necessarie per l'erogazione dei relativa servizi) ambedue ancorati allá norma fondamentale dell'art. 32 Cost.” COMANDÉ, Giovanni. **Diritto privato europeo...**, p. 218.

³⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa...**, p. 30.

³⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa...**, p. 39.

³⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa...**, p. 40-41.

renunciando à sua própria dignidade, trocando-a por dinheiro.³⁵⁷ Prefere suplicar em juízo, atestando uma fictícia inferioridade. Insiste nessa inferioridade, cria situações para sustentar essa idéia. Submete-se à humilhação de esmolar, mesmo sem necessitar. Assim também quando pleiteia alimentos em nome do filho, sem necessitar, contra os avós paternos. A pessoa humana deve se portar de forma digna, inclusive consigo mesma – embora nem todos o façam. Porém o comportamento contrário a essa dignidade não exclui seu agente de ser reconhecido como pessoa com igualdade em dignidade humana.³⁵⁸

A dignidade da pessoa humana é violada sempre que ela é tratada como objeto, seja pelos outros ou por ela mesma. Quando a dignidade é violada, cumpre ao Estado, com seu poder de polícia, intervir e preservar a dignidade atacada, mesmo que essa dignidade tenha sido ferida pelo próprio sujeito de direito.³⁵⁹ O Estado, com seu poder de polícia, por meio de um dos seus poderes, no caso o Judiciário, deve se manifestar expressamente em face da coisificação da parte requerente na ação em que pede alimentos. Utilizar o filho como instrumento de vingança ou comodidade, submeter-se a uma vexatória e inexistente situação de inferioridade, são manifestações explícitas de autoagressão à dignidade pessoal. Forma eficaz de participação do Estado consiste em estimular a parte requerente, geralmente representada por uma mulher, a desenvolver a sua própria dignidade pelo trabalho, que é dignificante. O exercício de atividade laborativa impede o ócio e a comodidade.

³⁵⁷ Na concepção de Rosana Fachin, “[...] há avanços e recuos no reconhecimento real e efetivo da dignidade da condição feminina. O debate sobre a pretensão de ser pessoalmente pensionada sem uma necessidade real e a discussão acerca da manutenção do nome pela mulher casada, após a separação, são exemplos de contradições encontráveis nas lides forenses a respeito”. FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família...**, p. 133.

³⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa...**, p. 42.

³⁵⁹ Narra Ingo Sarlet que o Conselho Estadual da França acolheu decisão do prefeito da comunidade de Morgang-sur-Orge em determinar interdição de casa de diversão que promovia espetáculos nos quais anões eram lançados como objetos de um lado ao outro do estabelecimento. Vencia o freqüentador que conseguisse arremessar mais longe um anão. O Conselho considerou correta a decisão do prefeito em suspender os espetáculos, e reformou a decisão do Tribunal Administrativo que havia anulado a decisão do Prefeito, pois considerou ofensa à dignidade da pessoa humana - elemento integrante da ordem pública - os “campeonatos de anões”, sendo irrelevante o fato de que os anões participavam voluntariamente do espetáculo, pois a dignidade é um direito irrenunciável e não suscetível a comércio. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa...**, p.106.

Também pelo prisma objetivo, em face da dignidade de terceiro atingida, ou seja, do demandado na desnecessária e fraudulenta ação de alimentos, deve o Estado intervir. O homem, após o fim do casamento ou da união estável, não pode levar sobre seus ombros a ex-mulher, desnecessariamente, como um peso, pelo resto de seus dias, de forma a prejudicar seu próprio crescimento, vida e lazer, impedindo o desenvolvimento de sua própria vida. E uma mulher sã, em perfeitas condições de trabalho, deve primeiramente buscar uma forma de sustentar seu próprio filho, em vez de, desde logo, demandar os avós.

Ao mesmo tempo que o princípio da dignidade da pessoa impõe limites à atuação estatal, objetivando impedir que o poder público venha a violar a dignidade pessoal, também implica que o Estado deverá ter como meta permanente proteção, promoção e realização concreta de uma vida com dignidade para todos. A dignidade da pessoa humana constitui não apenas a garantia negativa de que a pessoa não será objeto de ofensas ou humilhações, mas também a garantia positiva do pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo.³⁶⁰

A Constituição de 88 não visa a que os princípios da cidadania e da dignidade da pessoa humana sejam visualizados com base nas etapas da vida, “a não ser com o objetivo de implementar políticas públicas diferenciadas para assegurar os direitos fundamentais dos quais todos os homens são credores”.³⁶¹ “Tem-se, assim, em suma, a aplicação material do princípio isonômico, ao garantir tratamento desigual aos cidadãos, na medida da desigualdade destes, lastreado na clássica lição aristotélica.”³⁶²

Os idosos, como os avós, são objeto de cuidados constitucionais muito especiais. E deve ser destacado que, quando trata da família, em capítulo especial, o art. 229 da Constituição Federal “reconheceu o princípio da solidariedade nas

³⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa...**, p. 108.

³⁶¹ RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. Direito à velhice: a proteção constitucional da pessoa idosa. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.); LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Os "novos" direitos no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 214-215.

³⁶² SENA, Eduardo Cunha Alves de; CHACON, Paulo Eduardo de Figueiredo. Tutela constitucional da terceira idade: o resgate da dignidade humana da pessoa idosa. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 957, 15 fev. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7970>>. Acesso em: 6 jul. 2009.

relações familiares, incumbindo os pais do dever de ampararem os filhos menores e estes ampararem aqueles na velhice, carência ou enfermidade”. Como desdobramento natural do princípio da solidariedade, a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida (art.230, CF).³⁶³

O indivíduo deve ser protegido, inclusive contra ele mesmo, o que está expresso de forma explícita na obra de Ingo Sarlet, *verbis*:

Assim, percebe-se [...] que o dever de proteção imposto – e aqui estamos a nos referir especialmente ao poder público – inclui até mesmo a proteção da pessoa contra si mesma, de tal sorte que o Estado encontra-se autorizado e obrigado a intervir em face de atos de pessoas que, mesmo voluntariamente, atentem contra sua própria dignidade.³⁶⁴

Conforme o *diritto italiano*, o idoso não é titular de um “direito especial”, mas destinatário de uma tutela particular destinada a cada sujeito de forma implícita, de maneira que não corra riscos de inferiorização ou violação de direitos.³⁶⁵ Da mesma forma, a criança e o adolescente. Se considerados todos os sujeitos de um determinado estado merecedores de proteção, não haveria os conflitos aparentes de dignidades. Não se estaria a medir “qual a dignidade maior”, até porque não existe “maior” ou “menor”, mas tão somente, “dignidade” do ser humano. E, como seres humanos, todos são merecedores de consideração e destinatários da equidade, da justiça e da igualdade.

³⁶³ SENA, Eduardo Cunha Alves de; CHACON, Paulo Eduardo de Figueiredo. Tutela constitucional da...

³⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa...**, p. 111.

³⁶⁵ LA CARTA DE NIZZA Carta di diritti fondamentali dell'Unione Europea 07 dicembre 2000 : ROSSI, L.S.; A.RIZZO. “L’anziano non risulta titolare di *diritti speciali*, ma soltanto destinatario di una particolare tutela per la realizzazione di posizioni soggettive riconosciute ad ogni soggetto in modo implicito, e che vengono esplicitate dall’art. 25 proprio in considerazione del particolare rischio di minorazione o violazione cui si trova esposto il loro titolare.” COMANDÉ, Giovanni. **Diritto privato europeo...**, p. 225.

Poderá, então, ocorrer aparente conflito direto entre dignidades de pessoas diversas, como o conflito entre as dignidades de quem pede os alimentos e a de quem os alcança. Torna-se, então, imperioso hierarquizar axiologicamente, mas sem que uma “dignidade” prevaleça sobre a outra. A interpretação sistemática do direito vem em auxílio de uma adequada, atualizada e tópica conceituação de *necessidade* alimentar. Como ensina Capelo de Souza, é preciso identificar e legitimar “o menor de dois males”.³⁶⁶

Em seus estudos da Constituição alemã, afirma Alexy³⁶⁷ que a teoria dos direitos fundamentais da constituição alemã é uma teoria acerca de determinados direitos fundamentais *positivados em vigor*, que não diz respeito a teorias histórico-jurídicas, nem a teorias filosófico-jurídicas, nem a teorias sobre direitos fundamentais de outros países, embora não se possa dizer que não haja relação entre elas.

A teoria do direito positivo de um determinado ordenamento jurídico é uma teoria dogmática. “O que faz uma teoria ser dogmática e em decorrência disso, jurídica, é algo pouco claro”³⁶⁸. Afirma Alexy que é possível distinguir três dimensões da dogmática jurídica: uma analítica, uma empírica e uma normativa.

A *analítica* aborda o direito vigente no aspecto sistemático-conceitual, passando pela análise de conceitos elementares como *norma, direito subjetivo, liberdade e igualdade*, depois passando por construções jurídicas, até chegar ao exame da estrutura do sistema jurídico e da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais.³⁶⁹

A *dimensão empírica* pode ser compreendida em relação à cognição do direito positivo válido e em relação à aplicação de premissas empíricas na argumentação jurídica.

³⁶⁶ CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Ed. Coimbra, 1995, p. 553.

³⁶⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 32.

³⁶⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos...**, p. 32-33.

³⁶⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos...**, p. 34.

A *dimensão normativa* diz respeito à elucidação e à crítica de direito positivo válido, à crítica da práxis jurídica, principalmente jurisprudencial.³⁷⁰ E nessa dimensão a questão central é encontrar a decisão correta para o caso concreto, e essa resposta implica juízos de valor da pessoa que decide. Alexy entende ser possível, em princípio, que a dogmática jurídica seja confrontada com o problema da possibilidade de fundamentação racional dos juízos de valor.

A combinação dessas três dimensões deve ser concretizada pela Ciência do Direito, que estará cumprindo sua função integradora e multidimensional, uma condição necessária da racionalidade da ciência jurídica como disciplina prática.³⁷¹

A dignidade como direito fundamental da criança e do idoso, destacada na Constituição Federal, a proteção integral que lhes deve ser dedicada em virtude de sua situação de vulnerabilidade, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e do melhor interesse do idoso, no sistema jurídico brasileiro estão regrados no Estatuto do Idoso e no Estatuto da Criança e do adolescente.

2.2.2 A positivação do princípio da dignidade no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Estatuto do Idoso

A ratificação da *Convenção sobre os Direitos da Criança*, documento adotado por unanimidade pelas Nações Unidas em 20 de novembro de 1989, que enuncia um amplo conjunto de direitos fundamentais – os direitos civis e políticos, e também os direitos econômicos, sociais e culturais – de todas as crianças, contendo também as respectivas disposições para sua aplicação, significa um vínculo jurídico do país que a acolhe, devendo os participantes adequar as normas de Direito interno àquelas da Convenção. Somente dois países no mundo inteiro não aderiram até

³⁷⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos...**, p. 34-35.

³⁷¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos...**, p. 37.

hoje à convenção: Estados Unidos da América e a Somália. Portugal ratificou a Convenção em setembro de 1990, e o Brasil em setembro de 1992.

A Convenção se sustenta em quatro pilares fundamentais sobre os quais se relacionam todos os outros direitos das crianças:

- *a não discriminação*: todas as crianças, em todas as circunstâncias, em qualquer momento, em qualquer parte do mundo, têm direito a desenvolver seu potencial;
- *o interesse superior da criança*: consideração prioritária em todas as ações e decisões que digam respeito à criança;
- *a sobrevivência e desenvolvimento*: garantia de acesso a serviços básicos e à igualdade de oportunidades para que as crianças possam se desenvolver plenamente;
- *a opinião da criança*: a voz das crianças deve ser ouvida e tida em conta em todos os assuntos que se relacionem com os seus direitos.³⁷²

A Convenção Internacional dos Direitos da Criança, de 26 de janeiro de 1990, determina a preponderância que deve ser dada à criança na salvaguarda de seu interesse superior, conforme disposto em seu artigo 3.1:

Em todas as decisões que dizem respeito a crianças, sejam originadas de instituições públicas ou privadas de proteção social, dos tribunais, de autoridades administrativas ou de órgãos legislativos, o interesse superior criança deve ter consideração primordial³⁷³

³⁷² FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA. **Direitos das Crianças**. Disponível em: <<http://www.unicef.pt/artigo.php?mid=18101111&m=2>>. Acesso em: 11 out. 2009.

³⁷³ Tradução livre da autora para 3.1 “In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration.”

Ensina Aída Kemelmajer de Carlucci que exemplos mais próximos de nossa realidade demonstram que os instrumentos internacionais se prestam ao melhor exercício de direitos dos mais débeis. Dessa forma, valendo-se da convenção dos Direitos da Criança, por exemplo, é possível peticionar alimentos diretamente aos avós que apresentam condições, sem necessidade de considerar essa obrigação como subsidiária da paterna, e sem necessidade da prova de que o pai não tem bens que sejam suficientes para o cumprimento de sua obrigação.³⁷⁴ Dessa forma, a jurista argentina apresenta uma interpretação que coloca no mesmo patamar de responsabilidade alimentar tanto os avós como os pais.

Em sentido diverso, questiona Eduardo Julio Pettigiani³⁷⁵ se o “interesse superior” do menor é superior a todo outro interesse; qual o alcance desse interesse superior; onde sua inserção dentro do jogo de interesses tutelados pelo direito; qual sua ordem de preferência em relação a todos esses direitos. Pondera o autor que, afinal, o interesse do menor não é o único que merece atenção no mundo do direito, pois também a Família e o Estado têm interesses a serem tutelados que são de fundamental importância. O interesse particular pode entrar em rota de colisão com outros interesses também relevantes, como o difuso e o coletivo! No entanto, afirma o autor³⁷⁶, trata-se de *aparentes conflictos*.

Constata-se que há no Brasil uma gama de leis e projetos que, na verdade, contemplam caso a caso cada um dos segmentos da população, e têm mais caráter terapêutico do que preventivo, num sistema mais retrospectivo do que prospectivo. Se a legislação brasileira oferecesse a proteção necessária aos cidadãos, não haveria necessidade de ser criado um Estatuto após o outro.

³⁷⁴ “Otros ejemplos más cercanos a nuestra realidad muestran fácilmente el auxilio que los instrumentos internacionales prestan al mejor ejercicio de los derechos de los más débiles. Así, por ej., la Convención de los Derechos del Niño ha sido utilizada como pauta interpretativa para peticionar alimentos directamente a los abuelos solventes, sin necesidad de considerar a esta obligación como subsidiaria de la paterna y, consecuentemente, sometida a la prueba de que el padre carece de bienes.” Vale-se a festejada jurista argentina, para sua interpretação, de artigo de MORELLO, Augusto; MORELLO DE RAMÍREZ, María S.. La obligación alimentaria de los abuelos ante la Convención sobre los derechos del niño. **Revista Jurisprudencia Argentina**, n. 6122, p. 2, 30 dec. 1998.

³⁷⁵ ÉTTIGIANI, Eduardo Julio. E interes superior del menor es superior a todo outro interes? In: CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO DE FAMILIA, 10., 1998, Mendoza. **El derecho de familia y los nuevos paradigmas**: Ponencias. Mendoza: Comision II, set. 1998, p. 1.

³⁷⁶ ÉTTIGIANI, Eduardo Julio. E interes superior..., p. 23.

Está em fase de votação a *PEC da Juventude*³⁷⁷, que propõe que, ao lado das crianças e dos adolescentes e dos idosos, os jovens até 29 anos sejam prioridade para o Estado e a sociedade. Defendem seus autores que “as políticas para a juventude devem estar previstas em lei e não podem ficar sujeitas a mudanças de acordo com os planos de um ou outro governante.” E também que “mais de 4 milhões de jovens estão fora da escola, sem emprego e sem Ensino Fundamental. O Brasil tem um bolsão de jovens que foram excluídos há mais de 10 anos”. Dessa forma, a Constituição brasileira ainda deveria prever o direcionamento de recursos e ações para a juventude, reconhecendo que “depois de encerrada a adolescência, ainda há uma fase antes da vida adulta”³⁷⁸. Se aprovada, a PEC dará origem a duas discussões na Câmara: um plano que definirá metas para o desenvolvimento dos jovens no país a cada 10 anos, e a consolidação de leis sobre os jovens. Isso significa que, além do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Estatuto do Idoso, o Brasil poderá ter o Estatuto da Juventude...

Com a inclusão do estatuto do jovem, o “Bloco dos sem-estatuto” ficaria 35% menor”, conforme aponta a notícia. Evidente que a criação de mais um conjunto de leis protetivas e distintivas, em que se consagra a desigualdade, gera inquietação,

³⁷⁷ SUBSTITUTIVO À PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 138-A, DE 2003. Altera a denominação do Capítulo VII do Título VIII da Constituição Federal e modifica o seu art. 227. [...] Art. 1º O Capítulo VII do Título VIII da Constituição Federal passa a denominar-se “Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso”. Art. 2º O art. 227 da Constituição Federal passa a vigorar com as seguintes alterações: “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. § 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo os seguintes preceitos: II – criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos.3º III – garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola; VII – programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins e portador do vírus HIV; VIII -criação de unidades de referência juvenil, com pessoal especializado na área de hebiatria; IX – implementação de políticas públicas específicas destinadas a garantir a formação profissional, o acesso ao primeiro emprego e à habitação, o lazer e a segurança social;§ 8º A lei estabelecerá: I - o plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas; II – o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens.(NR)” Art. 3º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua promulgação.”

³⁷⁸ CEZAR, José Antônio Daltoé. Noticiário de política. **Zero Hora**, Porto Alegre, 4 jan. 2009. p.12.

pois vivemos num país “legiferante”, onde cada situação posta na mídia gera uma lei. Se aprovado, o regulamento estenderá benefícios a uma parcela da população que, hoje, não conta com um estatuto direcionado a sua faixa etária: a dos 38 milhões de brasileiros entre 19 e 29 anos. De 108 milhões de brasileiros, o grupo dos “sem-estatuto” passaria a 70 milhões.

Se para cada segmento deve haver uma “proteção”, tem-se um claro indicativo de que, de fato, não existe proteção para nenhum cidadão comum. Como bem afirmado por um juiz de direito, “quem prioriza tudo, criança, adolescente, idoso, e agora jovem, na verdade nada prioriza”³⁷⁹. E é essa a realidade jurídico-legal brasileira. No entanto, para Heloisa Helena Barbosa, a garantia da igualdade de todos perante a lei ganhou consistência com a proteção especial das pessoas “desiguais”, como o consumidor, a criança, o adolescente, os homossexuais, os doentes, e outros grupos ditos “minoritários”, entendendo assim os grupos que, independentemente da expressão numérica se encontram em situação de desigualdade.³⁸⁰

Os idosos se tornam pessoas desiguais em virtude do processo de envelhecimento, cujos diferentes estágios vão alterar de maneira significativa sua situação existencial ou patrimonial. Da mesma forma que a criança e o adolescente, o idoso se encontra em situação peculiar na qual a vulnerabilidade é potencializada, mas essas pessoas “caminham em direção oposta, sendo inversamente proporcionais a suas necessidades”³⁸¹. A vulnerabilidade do idoso tem características próprias, pois, enquanto a criança e o adolescente estão em processo de reconhecimento de sua autonomia, o idoso necessita da força da lei para mantê-la, “ante a constante ameaça de sua negação, se não a sua subtração, no confronto de sua natural e crescente fragilidade com as complexas exigências da vida”³⁸².

³⁷⁹ CEZAR, José Antônio Daltoé. Noticiário..., p.12.

³⁸⁰ BARBOZA, Heloisa Helena. O princípio do melhor..., p. 60.

³⁸¹ BARBOZA, Heloisa Helena. O princípio do melhor..., p. 65.

³⁸² BARBOZA, Heloisa Helena. O princípio do melhor..., p. 65.

No país sede do Pacto de San José, Costa Rica, a obrigação dos avós para com os netos está prevista no Código de Família, mas de forma incipiente, tão somente em um artigo – nada mais.³⁸³ Inicia dispendo a respeito da obrigação dos irmãos, para em seguida mencionar os avós. A Jurisprudência é que tem decidido a respeito, com dois votos da Sala Constitucional, de caráter vinculante.³⁸⁴

No Brasil, os direitos fundamentais do idoso – acima de 60 anos³⁸⁵ – e da criança (até 12 anos incompletos) e adolescente (de 12 anos completos até 18 anos)³⁸⁶ – se encontram positivados em leis especiais, vigentes³⁸⁷, que consolidam o preceito constitucional da Carta de 1988.

A criança e o adolescente têm seus direitos resguardados na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, o Estatuto da Criança e Adolescente, denominada de ECA, e o idoso recebeu proteção especial mediante a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, denominada de Estatuto do Idoso.

Ao proteger criança, adolescente e idoso, o legislador aparentemente “arranha” o princípio da igualdade ao dispor em ambos os estatutos uma mesma prioridade, como se uma se opusesse à outra. No ECA, a determinação de prioridade é da criança e do adolescente, ao passo que, no Estatuto do Idoso, prevalece a prioridade do idoso. Dessa forma, têm-se aparentes contradições.

No Estatuto da Criança e Adolescente – ECA, dispõe o art. 4º que:

[...] é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, *com absoluta prioridade*, a efetivação dos

³⁸³ Artigo 169 do Código de Família de Costa Rica: ver Nota nº 286.

³⁸⁴ Votos números, 2002-9692 y 2003-0589.

³⁸⁵ Estatuto do Idoso. Art. 1º É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

³⁸⁶ ECA Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade. Parágrafo único. Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade.

³⁸⁷ “Uma teoria dos direitos fundamentais da Constituição alemã é uma teoria acerca de determinados direitos fundamentais positivos vigentes.” ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos...**, p. 32.

direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à *dignidade*, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. *A garantia de prioridade compreende:* a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

No Estatuto do Idoso, dispõe o art. 3º que:

[...] é obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, *com absoluta prioridade*, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária. Parágrafo único. *A garantia de prioridade compreende:* I – atendimento preferencial imediato e individualizado junto aos órgãos públicos e privados prestadores de serviços à população; II – preferência na formulação e na execução de políticas sociais públicas específicas; III – destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção ao idoso; IV – viabilização de formas alternativas de participação, ocupação e convívio do idoso com as demais gerações; V – priorização do atendimento do idoso por sua própria família, em detrimento do atendimento asilar, exceto dos que não a possuam ou careçam de condições de manutenção da própria sobrevivência; VI – capacitação e reciclagem dos recursos humanos nas áreas de geriatria e gerontologia e na prestação de serviços aos idosos; VII – estabelecimento de mecanismos que favoreçam a divulgação de informações de caráter educativo sobre os aspectos biopsicossociais de envelhecimento; VIII – garantia de acesso à rede de serviços de saúde e de assistência social locais. IX – prioridade no recebimento da restituição do Imposto de Renda. (Incluído pela Lei nº 11.765, de 2008).

Constata-se que a redação do texto que dispõe sobre a criança e adolescente, e a redação que trata do idoso é a mesma, salvo poucos vocábulos, com palavras dispostas da mesma forma, mesmas expressões, mesmos direitos concedidos: são praticamente iguais, inclusive na especificação daquilo que se constitui nas garantias de prioridades de cada um deles.

Determina, ainda, o *Estatuto da Criança e Adolescente*:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

Art. 71. A criança e o adolescente têm direito a informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos e produtos e serviços que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Por sua vez, o *Estatuto do Idoso* dispõe:

Art. 1º É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

Art. 2º O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Art. 4º Nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei.

§ 1º É dever de todos prevenir a ameaça ou violação aos direitos do idoso.

Art. 6º Todo cidadão tem o dever de comunicar à autoridade competente qualquer forma de violação a esta Lei que tenha testemunhado ou de que tenha conhecimento.

Art. 8º O envelhecimento é um direito personalíssimo e a sua proteção um direito social, nos termos desta Lei e da legislação vigente.

Art. 9º É obrigação do Estado, garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade.

§ 3º É dever de todos zelar pela dignidade do idoso, colocando-o a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

Está claramente disposto em ambos os estatutos que a responsabilidade, além da família, é do Estado, mas o Estado brasileiro é omissivo, nada faz e joga na família a inteira responsabilidade alimentar, apesar dos elevados impostos cobrados. Além da clareza explícita dos estatutos, também o texto constitucional não deixa dúvidas. Mas o Estado se mostra ausente e negligente de obrigação que lhe compete. Não intervém na “[...] solicitação, cada vez mais veemente, do grupo familiar, dado o número crescente de litígios na esfera alimentar.”³⁸⁸ Enquanto no Brasil o Estado se mantém inerte, sem qualquer política pública nem para estimular uma paternidade responsável, nem para assumir sua responsabilidade solidária pela assistência material aos desvalidos, o ordenamento sueco suprimiu totalmente a obrigação entre ascendentes e descendentes, legando-a ao Estado.³⁸⁹

No entanto, no Brasil, o problema não são as leis, que existem até em excesso. “O problema em nosso país é social. E para este tipo de problema, não se encontra remédio na farmacologia jurídica.”³⁹⁰

Assim como existe o princípio do “melhor interesse da criança”, também há o princípio do “melhor interesse do idoso”³⁹¹. Também o idoso tem a proteção constitucional, que o faz merecedor de tutela especial, apesar de o tema não ter merecido dos doutrinadores uma atenção maior. De forma que não se permite mais que seus direitos se mantenham em abstrato, mesmo que se criem instrumentos legais para que sejam positivados – o que já foi iniciado com o “Estatuto do Idoso”, nos mesmos moldes do “Estatuto da Criança e do Adolescente”, visando a uma proteção ao sujeito vulnerável. Mas a lei, por si só, não basta. E as leis, muitas, por vezes em excesso, repetindo o que a Constituição já determina, não seriam sequer necessárias. Necessária é a efetivação do direito concedido. E o Estatuto do Idoso

³⁸⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. Prestação alimentícia..., p. 67.

³⁸⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. Prestação alimentícia..., p. 68.

³⁹⁰ SENA, Eduardo Cunha Alves de; CHACON, Paulo Eduardo de Figueiredo. Tutela constitucional da...

³⁹¹ BARBOZA, Heloisa Helena. O princípio do melhor..., p. 57-71.

não tem se mostrado suficiente por si só para efetivar proteção integral e especial devido às pessoas acima de sessenta anos.³⁹²

A população dos idosos está crescendo mais do que a população das crianças, graças à sonhada e já considerável longevidade.

O artigo 8º do Estatuto do Idoso determina que o envelhecimento é um direito personalíssimo. A solidariedade, hoje considerada princípio jurídico,³⁹³ possibilita e assegura a realização das mudanças de redefinição dos papéis dos idosos, descobertas de novos caminhos e potencialidades, mudando e renovando suas atitudes básicas para conseguir viver de modo prazeroso, saudável e produtivo, preservando seus valores e estilos de vida, tendo alegria de viver, o que lhes confere qualidade de vida, sem o que fica comprometida sua dignidade³⁹⁴.

A qualidade de vida da pessoa, à medida que envelhece, é fortemente determinada por sua habilidade de manter autonomia e independência. E essa capacidade de poder exercer tal habilidade não se pode subtrair do idoso.

A vulnerabilidade da criança e adolescente se faz presente pelo fato de não terem ainda a plena capacidade, nem de fato e nem civil, de se autogerir, de se determinar, necessitando, para isso, de quem o faça por eles, tarefa por lei atribuída aos pais, que detêm o poder familiar, com efeitos pessoais e patrimoniais sobre a pessoa dos filhos menores. Já com relação aos idosos, a vulnerabilidade se encontra em via diametralmente oposta, ou seja, os idosos se tornam pessoas desiguais em decorrência do processo de envelhecimento, cujos diferentes estágios alteram de forma significativa a situação existencial e/ou patrimonial dessa população³⁹⁵.

Com a atuação conjunta da família, da sociedade e do Estado, repartindo-se entre eles a obrigação de proteção e resguardo da pessoa idosa, segundo o princípio constitucional da solidariedade, mediante ações afirmativas, e com a

³⁹² BARBOZA, Heloisa Helena. O princípio do melhor..., p 62-63.

³⁹³ LOBO, Paulo. **Famílias...**, p. 39.

³⁹⁴ BARBOZA, Heloisa Helena. O princípio do melhor..., p.69.

³⁹⁵ BARBOZA, Heloisa Helena. O princípio do melhor..., p. 65

imprescindível participação do Poder Judiciário – que supre as lacunas e corrige os excessos – é que se poderá atender aos preceitos constitucionais de direitos fundamentais da pessoa idosa. E não se trata dos alimentos a serem recebidos pelos idosos, mas, sim, do dever de eles, os idosos, serem poupados de pagar alimentos indevidamente aos netos, serem isentados de responsabilidades que não são suas, mas dos pais, pois a obrigação alimentar dos avós deve ser lida dentro dos limites necessários, pois não são os avós os detentores da responsabilidade parental. Ademais, as necessidades e as possibilidades devem ser ponderadas, de forma que não preponderem as necessidades dos netos em detrimento das possibilidades dos avós. Os idosos, além das dificuldades físicas, psíquicas, sociais e culturais que naturalmente decorrem do envelhecimento, não devem se sentir, além de relegados a um plano secundário, tanto na família como na sociedade, ainda explorados economicamente por sua própria família, tanto mais por meio da Justiça.

2.2.3 A viável flexibilização do binômio necessidade-possibilidade como critério de equilíbrio na obrigação alimentar dos avós

O juiz não é neutro: o juiz que não tem valores e diz que o seu julgamento é neutro, na verdade está assumindo valores de conservação. O juiz sempre tem valores. Toda sentença é marcada por valores. A tradição do pensamento jurídico ocidental está edificada sobre princípios da lógica formal, em que as normas são abstrações da vida social, e a aplicação da norma consiste em estabelecer a relação lógico-substantiva entre os conceitos contidos na norma e os fatos.³⁹⁶ O Direito é também e principalmente decisão axiológica ou escolha.³⁹⁷ A jurisprudência não

³⁹⁶ PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 72-74.

³⁹⁷ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 25.

foge a julgamentos de valor, pois a alternativa escolhida, em algum sentido, é melhor que a outra³⁹⁸.

Alexy se pergunta onde e até que ponto são necessários os julgamentos de valor, como se relacionam com os argumentos designados como “especificamente jurídicos” e a dogmática, e como esses julgamentos de valor podem ser racionalmente fundamentados ou justificados. Há mais casos claros de como decidir, do que duvidosos, embora a clareza não seja tão simples. Há quem afirme que os julgamentos de valor impliquem avaliações morais, mas Alexy os entende apenas como “moralmente relevantes.”³⁹⁹

A crítica à teoria da percepção pura afirma que toda percepção é um reflexo daquilo que realmente é, é um “apreender enquanto” um “ver em conjunto com”, e que se pode estabelecer um pré-juízo negativo quando o ver pode “por” o que não está aí, assim como o ver pode ser invariável, vendo as coisas da maneira mais igual possível.⁴⁰⁰

Afirma Gadamer que a realidade ontológica da imagem se fundamenta na relação ontológica entre original e cópia.⁴⁰¹

À primeira vista, parece que, nas artes plásticas, a obra possui uma identidade tão inequívoca, que não admite nenhuma variabilidade representativa. O que varia parece não pertencer ao aspecto da própria obra, e nesse sentido possuiria um caráter subjetivo. Assim, do ponto de vista do sujeito, é possível que surjam restrições que prejudicam a vivência adequada da obra, porém tais restrições subjetivas podem ser fundamentalmente superadas.⁴⁰²

³⁹⁸ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2001, p.20-21.

³⁹⁹ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação...**, p.20.

⁴⁰⁰ GADAMER, Hans-George. **Verdade...**, p. 141-142.

⁴⁰¹ GADAMER, Hans-George. **Verdade...**, p. 201.

⁴⁰² GADAMER, Hans-George. **Verdade...**, p. 193-194.

O julgamento sobre a beleza de uma paisagem fica na dependência do gosto artístico de uma época.⁴⁰³

A lógica formal, silogística e aparentemente sistêmica parte de uma verdade sem questionar sua veracidade, sua origem e suas consequências, e não dá conta do fenômeno jurídico em toda sua complexidade e extensão. Quando uma mulher requer alimentos alegando “necessidade”, pode ocorrer que realmente ela não tenha dinheiro para pagar o aluguel, nem para abastecer seu carro, nem trabalhar. Prefere pedir ao pai, ao ex-marido. A constatação, aqui, é que a mulher, realmente tem a “falta” de alimentos, e por isso, objetivamente, extrinsecamente (sem questionar o aspecto intrínseco) se constata a sua “necessidade”.

Quando os alimentos são direcionados aos avós, o são, em regra, porque o pai, separado da mãe, não os alcança por omissão paterna. Então, a mãe, representando o filho, demanda contra os avós. Muitas vezes essa mãe é uma mulher acomodada, que não queria trabalhar, que vivia sustentada pelo marido, que muitas vezes, também, estimulava o ócio da esposa. No entanto, quando a situação muda, o marido “provedor” não sustenta o ócio da ex-esposa, nem alcança alimentos para o filho do casal. Então, está na hora de essa mulher enfrentar a realidade, em vez de transferir a obrigação do pai para os avós paternos. A mulher também tem obrigações decorrentes de sua situação de mãe. Mas é mais cômodo demandar os avós paternos, tanto mais se eles gozam de uma boa situação econômica. E o que se vê é que os tribunais, sensibilizados pela “falta” objetiva de condições, sem considerar que a “falta” é também de disposição para o trabalho, terminam por conceder alimentos, pois, no final das contas, se não o fizerem, os netos é que serão prejudicados... Então, nessas frequentes e reincidentes situações, os avós se veem espoliados, roubados, despatrimonializados enquanto a nora fica em casa vendo novelas na TV.

No momento em que for analisada a situação sob o enfoque intrínseco, se chegará à “causa” da falta dos alimentos, ao que aconteceu para que ocorresse o resultado da “falta de alimentos”: Essa mulher que alega nada ter, não tem nada

⁴⁰³ GADAMER, Hans-George. **Verdade...**, p. 103.

porque não se dispôs a trabalhar para se sustentar, nem a si, nem ao filho, embora tenha aptidão para o trabalho. Faltou-lhe *disposição* para o trabalho – vontade!

Torna-se necessária uma postura diferenciada para a solução dos novos conflitos de uma sociedade em constante mutação.⁴⁰⁴ “Mudam os homens, mudam os agrupamentos sociais. Mudam as instituições. Mudam os institutos jurídicos. Muda a família. Mudam as relações familiares, não para serem outras, mas para desempenharem novos e distintos papéis”⁴⁰⁵. O intérprete jurídico deve fazer as vezes de catalisador dos melhores princípios e valores de uma sociedade num dado momento histórico.⁴⁰⁶

Aponta Luís Afonso Heck dois caminhos como critérios de solução para a colisão de direitos fundamentais: os meios contidos no modelo das regras e os meios contidos no modelo dos princípios. Defende que os meios contidos no modelo das regras e empregados para a solução de conflito de regras “mostram-se insatisfatórios para resolver colisão de direitos fundamentais”⁴⁰⁷. Por outro lado, o meio oferecido pelo modelo dos princípios e utilizado para a solução de colisão de princípios é o adequado para resolver colisão de direitos fundamentais: trata-se da *ponderação*.

Primeiro, porque a validade é conferida como qualidade a todos os direitos fundamentais; segundo, porque no caso concreto não é esta qualidade o critério de solução, mas, sim, o peso do direito fundamental, verificado segundo as circunstâncias presentes no caso concreto pelo princípio da proporcionalidade em sentido estrito, e terceiro o modelo dos princípios permite ainda a produção da concordância prática. A tarefa dela é coordenar proporcionalmente

⁴⁰⁴ “A complexidade das relações sociais, em geral, e das familiares, em especial, confere novos desafios ao Direito, e de conseqüência, à jurisprudência: os novos conflitos reclamam posturas diferenciadas.” FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família...**, p. 56.

⁴⁰⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A incessante travessia dos tempos e a renovação. In: DEL’OMO, Florisbal de Souza; ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim (Coord.). **Direito de família contemporâneo e novos direitos**: estudos em homenagem ao Professor José Russo. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 50.

⁴⁰⁶ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática...**, p. 54, 138.

⁴⁰⁷ HECK, Luís Afonso. O modelo das regras..., p..76

direitos fundamentais e bens jurídicos que limitam direitos fundamentais.⁴⁰⁸

Com a ponderação, segundo Heck, deixa-se chegar à eficácia ótima tanto o direito fundamental como o bem jurídico limitador, de forma que uma determinação proporcional não deva ser realizada quando venha a privar uma garantia de direito fundamental mais do que o necessário, “ou até completamente, de sua eficácia na vida na coletividade.”⁴⁰⁹

Assim, havendo colisão, as normas de direito fundamentais são ponderadas para verificar qual tem precedência, sem, no entanto, levar em consideração sua validade. O modelo dos princípios oferece a vantagem de flexibilidade à Constituição, ganha em vinculatividade sem exigir o impossível, e “permite até a transformação do impossível em possível”.⁴¹⁰

Juarez Freitas indica dez regras básicas de hermenêutica jurídica passíveis de aplicação em todos os ramos do sistema objetivo. Para bem interpretar é necessário: sistematizar; hierarquizar; unificar; fundamentar; manejar o metacritério da hierarquização axiológica; sintetizar; relacionar; bem diagnosticar; concretizar a máxima justiça possível; aperfeiçoar.⁴¹¹

No discurso jurídico há uma relação com a justificação de um caso especial de afirmações normativas, que expressam julgamentos jurídicos. Na justificação, dois aspectos se distinguem: “justificação interna” – em que se verifica se a opinião segue as premissas aduzidas para justificá-la (silogismo jurídico), e “justificação externa” – que verifica a correção dessas premissas⁴¹², sua adequação.

O que se constata no exame das situações alimentares em que os avós são acionados, na jurisprudência dos tribunais, é uma preponderância equivocada das

⁴⁰⁸ HECK, Luís Afonso. O modelo das regras..., p..76

⁴⁰⁹ HECK, Luís Afonso. O modelo das regras..., p..77.

⁴¹⁰ HECK, Luís Afonso. O modelo das regras..., p..77.

⁴¹¹ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática...**, p. 142-144.

⁴¹² ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação...**, p.218.

necessidades dos netos, em detrimento das necessidades dos avós – com elogiáveis e sensatas exceções. Entre dois polos, prepondera o pedido dos netos. Com o abrandamento de um percentual “módico”, de certa forma se autolibera o julgador de qualquer sentimento de culpa, pois não deixou de atender ao pedido do neto, e não “sobrecarregou” os avós. No entanto, ao assim decidir, está o julgador invadindo a privacidade dos avós, impedindo seus sonhos e aspirações de muitos anos, pois mesmo lhes tirando um mínimo de cinco por cento de seus rendimentos, esse “simbólico” (sic!) percentual pode ser exatamente o que eles, os avós, teriam de reserva para seus alimentos civis: seus entretenimentos, seus passeios, seu lazer. E, nessa análise, se constata a preponderância da necessidade dos netos, mesmo que não vitais, mesmo que se trate do supérfluo, daquilo que lhe proporciona um melhor nível de vida – lazer, recreação, passeios, viagens, academia, judô... e nesse interregno, são os avós que ficam sem os seus passeios, sem suas águas termais, sem seu cinema, sem seus bailes de terceira idade...

CONCLUSÃO

O povo brasileiro é reconhecido por sua hospitalidade, que revela inquestionável calor humano. A afetividade é a marca que remonta a suas origens, a sua história. Por mais que os legisladores e suas leis tentem materializar o sentimento desse povo, o afeto não se cala. E o resultado é uma situação paradoxal. De um lado, as evidências da patrimonialização do direito de família se revelam pela intervenção excessiva do Estado. É o que ocorre no instituto da União Estável, que perdeu seu caráter informal para se enquadrar, sem opção, na lei; e também na questão sucessória, que assumiu íntima relação com o regime matrimonial, incluindo o cônjuge como herdeiro necessário sem possibilidade de exceção – a não ser por indignidade, o que atinge a todos os herdeiros indistintamente. E é o que ocorre nas relações entre avós e netos, em que os avós são chamados a exercer um papel – sob o enfoque econômico – que não é o seu. Por outro lado, em uma evidência de personalização do direito de família, as uniões não mais precisam se perpetuar sem amor, havendo a possibilidade legal do divórcio e reconstrução da família – com todas as implicações das famílias reconstituídas. E têm-se os avós, como os agentes perenes mais significativos de manifestações de afetividade, que muitas vezes se veem impedidos de manifestar seu afeto em virtude das imposições econômicas substitutivas que lhes pesam sobre os ombros.

A família atual, globalizada, está composta por três ou mais gerações, constituindo a *família tríplice geracional*. Em muitas situações, é a geração mais velha que sustenta, voluntariamente, todos os membros da família, ao invés de ser sustentada pelos filhos e netos. A convivência de muitas gerações traz consigo vantagens e desvantagens. Avós, filhos e netos hoje podem demonstrar ao mesmo tempo sua capacidade produtiva. A família multigeracionista, que surgiu da esperança e da concretização de longevidade, permite a convivência simultânea de várias gerações que vivem o “tempo dos direitos”.

Os filhos têm o dever de amparar seus pais na velhice e em suas necessidades, e não os avós que têm obrigações ilimitadas para com os pais de seus netos, já maiores de idade, e tampouco para com os seus netos.

A responsabilidade se determina no momento em que são estabelecidos os papéis de cada uma das gerações com seus respectivos limites. A responsabilidade dos pais não é a mesma de seus filhos menores de idade, que por sua vez não é a mesma responsabilidade dos avós. A responsabilidade parental está relacionada ao poder familiar – *patria potestas*, e aos encargos daí decorrentes, ilimitados – e é nesse ponto que se encontra o maior equívoco com relação à obrigação avoenga. A obrigação avoenga, diversa da obrigação parental, se limita aos alimentos naturais.

Não consta nem da Constituição, nem do ordenamento civil brasileiro a determinação de que os avós tenham idêntica obrigação **à dos** pais; pelo contrário, os elementos analisados demonstram a clara distinção entre as responsabilidades, que nem são apontadas adequadamente pela doutrina, nem observadas a contento pelo Judiciário. O *patria potestas* é, originalmente, prerrogativa e obrigação paterna, e não avoenga. A responsabilidade parental é estendida indiscriminadamente aos avós por juristas de forma ilegítima, e os motivos para essa atitude são preocupantes e inexplicáveis, prestando-se a um estudo próprio e mais aprofundado.

A maioria das ações de alimentos contra avós parte da representação de noras em nome dos netos. Muitas em virtude de reais necessidades. Outras, em que a ex-mulher do filho, ressentida, prolonga suas mágoas e as despeja para além de seu ex-marido, para além do pai de seu filho, atingindo os avós paternos. Dessa forma, ela está, de alguma forma, atingindo o homem que a abandonou e que a deixou sozinha com o filho. É uma continuidade do litígio contra o pai do filho, usando o filho como arma e como escudo – em manifestação de *transpessoalidade* - de forma ilícita, simulada e em evidente abuso do direito, em que o próprio filho é o agredido, pois, ao ser usado como instrumento de litígio, tem a sua dignidade atingida.

Ao criarem os filhos, os pais desempenham o papel que a natureza lhes confia, que diz com os mais elementares instintos de preservação da vida, o mesmo

instinto de preservação da vida que se manifesta nos animais cuidando de seus filhotes. Mas além do puro instintivo, do impulso natural, a lei impõe obrigações que são específicas dos pais, que detêm o poder familiar – *patria potestas*. Quando os filhos estão criados, a missão dos pais está cumprida, e ali se esgota seu papel em face das criaturas indefesas, como o são os filhos sujeitos ao poder familiar. A obrigação que permanece é em decorrência do parentesco. Obrigar os avós que já cumpriram o seu papel de pais a repetir com os netos o papel que já desempenharam se constitui em um atentado à dignidade dos avós, uma violência à pessoa humana dos avós – uma desconsideração, e não raro um ato extremamente desumano.

A ajuda prestada voluntariamente pelos avós, por uma atitude discricionária – direito que lhes assiste!! – não pode ser vista como obrigação, nem pode se constituir em patamar para a fixação de alimentos a outros netos que recorrem ao Judiciário pretendendo alimentos avoengos. O fato de o avô escolher um neto para auxiliar além dos limites de sua obrigação não fere o princípio da *igualdade entre filhos*, pois inexistente analogia da situação dos filhos com a situação dos netos.

A responsabilidade alimentar entre pais e filhos sujeitos ao poder familiar, seja em virtude de incapacidade absoluta ou relativa, efetivamente não é a mesma responsabilidade que os avós têm com relação a seus netos.

Se o avô, para fornecer alimentos civis ao neto, deve abrir mão de lazer, passeios, viagens, não pode preponderar o interesse dos netos, mas, sim, as necessidades civis dos avós. Por outro lado, quando se trata de responsabilidade parental, seja materna ou paterna, com relação aos filhos que se encontram sob o poder familiar, a questão é diversa, pois entre o lazer e as viagens dos pais e os alimentos civis dos filhos sujeitos ao poder familiar, preponderam as necessidades dos filhos em detrimento dos pais.

Protecionismo e assistencialismo familiar não condizem com os mais elementares princípios de honra, dignidade, trabalho e responsabilidade. A irresponsabilidade paterna não pode ser premiada, muito menos com o castigo dos avós.

Mulheres que têm capacidade de manter relações sexuais e engravidar, gerando seus próprios filhos, e também capacidade suficiente para optar pela monoparentalidade feminina, devem utilizar essa mesma capacidade para buscar uma fonte de renda para sustentar os filhos por elas gerados, sem parasitismos, exercendo e exercitando a maternidade responsável. Protecionismo e assistencialismo, fartamente observados no Poder Executivo, gerando pobreza, violência e caos social, não podem chegar ao Poder Judiciário, cabendo ao Estado-Juiz impedir que isso aconteça.

A obrigação alimentar dos avós deve atender ao caráter da subsidiariedade, que implica função supletiva e secundária, devendo antes ser buscada a responsabilidade dos pais. Impor aos avós encargo alimentar que não é deles, transmitir-lhes a responsabilidade para com os netos, filhos de um filho irresponsável, que na maioria das vezes não quer trabalhar para sustentar os seus próprios filhos, é injusto, desumano e ilegal. Sem dúvida, ajudar na manutenção dos netos, alcançando-lhes o mínimo necessário, além de ser um ato de socorro, é uma imposição legal a que não se podem furtar os avós, até mesmo porque a própria natureza dos seres vivos, mesmo os animais, impele a fazer. Mas pretender que os avós proporcionem o máximo aos netos, muitas vezes dando-lhes o que eles próprios não podem ter, em evidente prejuízo de si próprios, como se pais fossem, não observando devidamente o caráter de subsidiariedade que a lei determina, é ilegal, injusto e desumano.

A constatação de que a responsabilidade avoenga é subsidiária não tem sido suficiente para concluir que sua responsabilidade se limita e *termina* nos alimentos *naturais*, sem alcançar os civis. A jurisprudência – com exceções – ainda não faz essa distinção, sobrecarregando os avós e lhes transferindo a obrigação dos pais. Essa subsidiariedade tem sido vista pelo Judiciário, principalmente, como aquela em que, se o pai não alcança, os avós alcançam; se a mãe não trabalha, mesmo jovem, mesmo que não exista uma desculpa para sua ociosidade, pelo simples fato de que ela não alcança o que devia, o encargo deve recair nos avós!

Os principais obrigados a alimentar são os pais, e *subsidiariamente* os *ascendentes mais próximos* – os avós, dividindo-se entre eles a responsabilidade. Tal constatação corresponde à letra da lei, mas, por outro lado, não existe no ordenamento jurídico brasileiro uma definição dos limites das obrigações avoengas, nem os aplicadores do direito se fixam nas características diferenciadoras dessas obrigações – muito pelo contrário, confundem-nas, estendem-nas dos pais aos avós, sem qualquer distinção. A “subsidiariedade” tem sido fixada tão somente na possibilidade de eleição processual do polo passivo, limitando-se à regra de que os pais devem ser demandados em primeiro lugar, para somente então acionar os avós, ou simultaneamente com a demanda contra os avós, fazer desde logo a prova inequívoca do descumprimento do dever de sustento por parte dos pais.

A complementaridade da pensão por parte dos avós é *excepcional e transitória*, e comprovada a incapacidade econômico-financeira dos pais, a obrigação poderá reverter aos avós, em caráter suplementar. A *excepcionalidade* e a *subsidiariedade* da obrigação alimentar avoenga, embora seguidamente empregadas como fundamento de decisões judiciais, não são devidamente dimensionadas, pois continua a pesar sobre os avós a responsabilidade alimentar dos netos, como se pais fossem.

As decisões dos tribunais que ultrapassam os limites da obrigação avoenga, que se detêm preponderantemente na situação do alimentado – os netos - deixando em segundo plano a situação do alimentante – os avós - enfraquecem os *deveres* fundamentais dos pais, pois os desonera e desresponsabiliza do exercício de suas obrigações. Ocorre, então, uma transitividade da responsabilidade parental para os avós. Ao invés de uma subsidiariedade na obrigação, ocorre uma substituição da obrigação alimentar. Há confusão de papéis e dos limites da responsabilidade dos avós, e o resultado estimula a infantilização da paternidade e a irresponsabilidade da mulher contemporânea na família, pois, embora seja apontada a responsabilidade avoenga como subsidiária e complementar, não são estabelecidos seus limites. Dessa forma, se o pai é irresponsável e a mãe acomodada – ou o inverso - a solução encontrada é transferir aos avós a responsabilidade total.

Na realidade forense, a *excepcionalidade* e a *transitoriedade* tendem a se transformar em *normalidade* e *perenidade*, pois os pais cujos filhos são sustentados

pelos avós muito dificilmente tomarão qualquer iniciativa para modificar a situação que lhes é cômoda e confortável, pois os poupa de muitos esforços, especialmente de procurar um emprego e prover o sustento de seus próprios filhos. Se os avós sustentam os netos, os pais não têm motivos para se preocupar...

A responsabilidade dos avós é *subsidiária*, e também de acordo com suas possibilidades financeiras, *complementar* à obrigação dos pais - o que está absolutamente correto. O grande equívoco que ocorre é com relação aos *limites* da responsabilidade alimentar, o que não está sendo considerado. Essa constatação é preocupante, pois evidencia um entendimento que extrapola os limites da obrigação avoenga, distanciando-se completamente dos alimentos *naturais*, que deveriam ser o limite, a fronteira da responsabilidade dos avós. Se os pais já alcançam o mínimo necessário, não é obrigação dos avós lhes proporcionar o supérfluo. No entanto é isso que está acontecendo e isso que se observa das decisões: que os avós estão sendo obrigados a proporcionar o supérfluo para os netos, mesmo que em detrimento do supérfluo deles, dos avós! Os netos não devem viver de acordo com as possibilidades econômico-financeiras de seus avós, mas, sim, de seus pais. Se o pai ganha um salário mínimo, é dentro desse salário que ele vai criar o seu filho. No entanto, mesmo estando presentes estes argumentos nas decisões, há conclusões reiteradas no sentido de condenar os avós a prestações alimentares que excedem, muitas vezes, as verdadeiras necessidades dos netos. Tais decisões invadem a vida privada dos idosos, desrespeitam seu direito à intimidade, frustram seus planos de fim de vida, confiscam suas economias.

Os avós são sujeitos de direito, continuam a ser cidadãos, seres humanos, têm ainda planos – talvez não mais de futuro, mas de um presente que para alguns será muito breve. E mesmo que tenham rendas maiores, esses ganhos são deles, dos avós, e não dos netos: são para sua vida, para seus planos, para suas viagens, para suas férias – e não é justo nem legal dar destino diverso às economias e finanças dos avós.

Os avós não estão obrigados a proporcionar a seus netos o mesmo padrão de vida deles - dos avós. Não é o padrão de vida dos avós que dita o valor da prestação alimentícia; os pais é que devem garantir a seus filhos um padrão de vida

compatível com o deles, pais. Os avós não são pais – já o foram – agora são simplesmente avós.

Em nome de uma pretensa proteção econômica, de um alegado “melhor interesse da criança”, os avós, não raro, veem sua vida econômica devassada, seus projetos ruírem, seu livre-arbítrio desconsiderado, sua dignidade agredida. É rompida a esfera privada do indivíduo-avô, que deveria ser o último espaço inviolável, imune a qualquer tipo de intrusão, mesmo da autoridade pública.

Os avós devem ter a oportunidade de *poder exercer o seu papel afetivo*, de manifestar aos netos seu cuidado, de conviver com eles, de demonstrar mesmo com pequenos agrados o seu amor e sua afetividade. Necessitam de folga em seu orçamento mensal de forma a poder presentear os netos, passear com eles, proporcionar-lhes voluntariamente lazer. Se toda a capacidade econômica dos avós for esgotada em pensão de alimentos, proposta pelo representante legal do neto – seja filho, filha, nora ou genro – os avós estarão impedidos de demonstrações materiais de afetividade, cuidados, não pelo valor do presente que pretendem alcançar ao neto, mas, sim, pela vontade de satisfazer algum desejo do neto, em presente de Natal, dia da criança, ou o que seja. Engessado economicamente, subtrai-se ao avô a liberdade necessária para atitudes discricionárias com relação ao neto, impedindo-o de exercer a sua própria liberdade individual.

O silogismo jurídico aplicado no Direito de Família, nos tribunais, tende a apresentar uma premissa maior correta, a premissa menor exata, mas com uma conclusão que não obedece à ordem do raciocínio das premissas. Assim, nas decisões como as comentadas nesse estudo, evoca-se a obrigação alimentar subsidiária e complementar dos avós, constata-se que os pais estão alcançando alimentos para os filhos, proporcionando-lhes o essencial, mas sem os alimentos civis, e que os filhos poderiam ter uma vida melhor. E a conclusão, ao invés de obedecer às premissas, determinando que no caso em concreto os avós estão liberados da obrigação, pelo contrário, em um raciocínio contraditório, inversamente proporcional a tudo que foi exposto, talvez penalizados, receosos de negar à criança os alimentos pleiteados, terminam por condenar os avós, mesmo aqueles que recebem parca pensão de aposentados da Previdência Social, a pagar um percentual de seus rendimentos ao neto. Essa condenação não é nem legal, nem

moral, e sequer justa. Ocorre um erro de justificação. Ademais de contrariar as premissas postas, impinge aos avós uma obrigação – não de alimentos naturais, que a criança já recebe de seus pais! – mas, sim, uma complementação para suprir os alimentos civis, os mesmos alimentos civis que aquele pequeno percentual descontado impositivamente proporcionaria aos próprios avós agora obrigados! Ou seja: tiram-se os alimentos civis dos avós para proporcioná-los aos netos.

No entanto não se trata de negar alimentos aos netos. Trata-se, isso sim, de ponderar a situação que se põe entre netos criança-adolescente e avós-idosos.. Como sempre, no Direito está presente a decisão axiológica, a escolha, não sendo possível se furtar a julgamentos de valor, ou como prefere Alexy, “moralmente relevantes”.

Na colisão de normas de direito fundamental, a *ponderação* é o elemento básico para determinar sua precedência, e o modelo dos princípios se mostra o mais adequado para flexibilizar os preceitos constitucionais na busca da concretização da máxima justiça possível.

É preciso perceber, “apreender enquanto”, “ver em conjunto com”, com cuidado para que não se estabeleça desde logo um “prejuízo negativo” com o “por” o que não está ali, mas, sim, vendo as coisas da maneira mais igual possível. O elemento da “ponderação” auxilia a que não se privem nem as crianças e adolescentes – os netos -, nem os idosos – os avós – de suas garantias de direito fundamental.

É tempo de os avós, sujeitos de direito, serem respeitados, considerados, tratados de forma digna, tanto pela família, como pela sociedade e pelo Estado. Não é difícil, mas é preciso saber-procurar-ver “a verdade”.

É tempo de mudança.

BIBLIOGRAFIA REFERIDA

AGUIAR FILHO, Ruy Rosado de. Prefácio. In: FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das leis civis**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. v.1, p. XIX.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2001.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMATO, Vicenzi. Gli alimenti. In: RESCIGNO, Pietro. **Trattato di diritto privato**. 2. ed. Torino: Utet, 1999. v. 3.

ARGENTINA, Código. HIGHTON, Elena I. (Coord.); BUERES, Alberto J. (Dir.). **Código Civil y normas complementarias**: análisis doctrinal y jurisprudencial, artículos 159/494, familia. 1. ed. Buenos Aires: Hamurabi, 2007.

ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1981.

ASCENSAO, José de Oliveira. **O direito**: Introdução e teoria geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2001, p. 171.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. Mulher: da submissão à liberdade. **Revista brasileira de direito das famílias e sucessões**, Porto Alegre; Belo Horizonte: Magister: IBDFAM, v.10, n.8, fev./mar. 2009.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**. 2^a.ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 282.

BARBOZA, Heloisa Helena. O princípio do melhor interesse do idoso. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme (Coord.). **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BELLUSCIO, Cláudio Alejandro. **Alimentos debidos a los menores de edad**. Buenos Aires: Garcia Alonso, 2007.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**: comentado por Clóvis Beviláqua. Rio de Janeiro, Ed. Rio, 1984. v.1.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1976.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Linhas e perfis jurídicos**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1930.

BIRCHAL, Alice de Souza. A Relação Processual dos Avós no Direito de Família: Direito à busca da Ancestralidade, Convivência Familiar e Alimentos. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, ética, família e o novo Código Civil brasileiro**. *Anais do VI Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, OAB-MG, Del-Rey, 2004.

BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). **O direito de família e a constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989.

BOLETIM DIEESE, São Paulo: Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos, n. especial dia internacional da mulher, mar. 2001.

BOSSERT, Gustavo A. **Regimen jurídico de los alimento**: conyuges, hijos menores y parientes; aspectos sustanciales y procesales. Buenos Aires: Astrea, 2006.

BRAGA, Theophilo. **Historia do direito português**. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1868.

BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 11 out. 2009.

BRASIL. **Lei n.º 6.515**, de 26 de dezembro de 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6515.htm>. ¹

BRASIL. **Lei n.º 8.069**, de 13 de Julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 11 out. 2009. Estatuto da criança e do adolescente.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. **Intimidade e vida privada no novo Código Civil brasileiro**: uma leitura orientada no discurso jurídico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

CAHALI, Francisco Jose. Dos alimentos. In: DIAS, Maria Berenice Dias (Coord); PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord). **Direito de família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Ed. Coimbra, 1995.

CARLUCI, Aída Kemelmajer de. **Derechos de familia, Derechos Humanos y Derecho Comparado**. San José, 2006. Palestra proferida para magistrados.

CARNEIRO, Levi. Estudo crítico biográfico. In: FREITAS, Augusto Teixeira de. **Código Civil**: esboço. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1952.

CEZAR, José Antônio Daltoé. Noticiário de política. **Zero Hora**, Porto Alegre, 4 jan. 2009.

CNCiv. Sala K, 26/11/96, LL, 1998-B-897; CNCiv., Sala G, 20/6/91, R.93.092.COIMBRA, David. A voz de uma mãe do outro lado da linha. **Zero Hora**, Porto Alegre, 5 dez. 2008.

COMANDÉ, Giovanni. **Diritto privato europeo e diritti fondamentali**: saggi e ricerche. Torino: G. Giappichelli, 2001.

COSTA, Maria Aracy Menezes da. A renúncia a alimentos no novo Código Civil: casamento e união estável. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). **Alimentos no novo Código Civil**: aspectos polêmicos. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

COSTA, Maria Aracy Menezes da. Pensão alimentícia entre cônjuges e o conceito de necessidade. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre: Ajuris, v.27, n.85, t.1, mar. 2002.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e Roma. 12. ed. São Paulo: Hemus, 1975.

DABOVE, Maria Isolina. Derecho y multigeneracionismo: los nuevos desafíos de la responsabilidad jurídica familiar en la vejez. **Derecho de familia**: Revista Interdisciplinaria de doctrina y Jurisprudencia, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, n. 40, jul./ago. 2008.

DIAS, Maria Berenice; SOUZA, Ivone M. C. Coelho de. Separação litigiosa, na "esquina" do direito com a psicanálise. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre: Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, v.26, n.76, dez. 1999.

EMILIANO, Euripedes de Oliveira. **As ações afirmativas e a concretização do valor constitucional da igualdade**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11296>>. Acesso em: jul. 2009.

ÉTTIGIANI, Eduardo Julio. E interes superior del menor es superior a todo outro interes? In: CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO DE FAMÍLIA, 10., 1998, Mendoza. **El derecho de familia y los nuevos paradigmas**: Ponencias. Mendoza: Comision II, set. 1998.

FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao novo Código Civil**: do direito de família, do direito pessoal, das relações de parentesco. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**: curso de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio**: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do direito de família brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FANZOLATO, Eduardo Ignácio. **Derecho de familia**. Córdoba: Advocatus, 2007. t.1.

FINKIELKRAUT, Alain. **La défaite de la pensée**. Paris: Gallimard, 1987.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. O poder familiar a o novo código civil. In: AZAMBUJA, Maria Regina Fay de (Coord.); SILVEIRA, Maritana Viana (Coord.); BRUNO, Denise Duarte (Coord.). **Infância em família**. Porto Alegre: IBDFAM, 2004.

FÓRUM DA LONGEVIDADE, n.4, 25 jun. 2009, Rio de Janeiro. **Veja**. São Paulo: Abril, a. 42, n. 30, 29 de jun. 2009. Informe publicitário encartado.

FRANÇA, Código. **Code Civil**. 106.ed. Paris: Dalloz, 2007.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das leis civis**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros, 1995.

FREYRE, Gilberto. **Casa grande e senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal**. 50. ed. São Paulo: Global, 2005.

FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA. **Direitos das Crianças**. Disponível em: <<http://www.unicef.pt/artigo.php?mid=18101111&m=2>>. Acesso em: 11 out. 2009.

FURNIVAL, F.J, *apud* ARIÈS, Philippe. **História Social...**

GADAMER, Hans-George. **Verdade e método**. 6.ed. Petrópolis: Vozes.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2005. v.6.

HECK, Luís Afonso. O modelo das regras e o modelo dos princípios na colisão de direitos fundamentais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: RT, v.89, n.781, p. 71-78, nov. 2000.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Diretoria de Pesquisas. Coordenação de População e Indicadores Sociais. **Projeção da população do Brasil por sexo e idade para o período 1980-2050, estimativas anuais e mensais da população do Brasil e das unidades da federação: 1980–2020, estimativas das populações municipais**. Rio de Janeiro: IBGE, out. 2004. Disponível em: <http://www.mps.gov.br/arquivos/office/4_081010-120048-289.pdf>. Acesso em: 11 out. 2009.

ITALIA, Código. **Codice Civile e leggi complementari**. 10.ed. Padova: CEDAM, 1971.

LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Alimentos no novo Código Civil: aspectos polêmicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v.5.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **famílias monoparentais**: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LEITE, Eduardo de Oliveira. O *quantum* da pensão alimentícia. In: COUTO, Sergio (Coord.). **Nova realidade do direito de família**: doutrina, jurisprudência, visão interdisciplinar, noticiário. Rio de Janeiro: COAD, 1999.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Os alimentos e o novo texto constitucional. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Direito de família contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Prestação alimentícia dos avós: a tênue fronteira entre obrigação legal e dever moral. In: _____. **Alimentos no novo código civil**: aspectos polêmicos. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Síntese de Direito Civil**: Direito de Família. Curitiba: J.M., 1997.

LOBO, Paulo Luiz Neto. A repersonalização das relações da família. In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). **O direito de família e a constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989.

LOBO, Paulo Luiz Neto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **A família na travessia do milênio**: Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

LOBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. **Alimentos**: doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

MADALENO, Rolf. **Novas perspectivas no direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MADALENO, Rolf. Obrigação, dever de assistência e alimentos transitórios. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, n. 6; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, ética, família e o novo código civil brasileiro**: anais... Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MIRANDA, Pontes de. **Fontes e evolução do Direito Civil brasileiro**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**: parte especial, direito de família, direito parental, direito protectivo. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. v.9.

MONTALVÃO, Fernando et al. Pensão alimentar pelos avós. **Revista Jus Vigilantibus**. 26 set. 2007. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/28635>>. Acesso em: 14 set. 2008.

MORELLO, Augusto; MORELLO DE RAMÍREZ, María S. La obligación alimentaria de los abuelos ante la Convención sobre los derechos del niño. **Revista Jurisprudencia Argentina**, n. 6122, p. 2, 30 dec. 1998.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Além dos fatos e relatos: uma visão psicanalítica do direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **A família na travessia do milênio**: Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

NERY JÚNIOR, Nelson; MACHADO, Martha de Toledo. O estatuto da criança e do adolescente e o novo Código Civil à luz da Constituição Federal: princípio da especialidade e direito intertemporal. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v.3, n.12, p. 14-15, out./dez. 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: direito de família. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v.5.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família**: a família na travessia do milênio. In: Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM, OAB-MG, Del-Rey, 2000.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, ética, família e o novo Código Civil brasileiro**. Anais do VI Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM, OAB-MG, Del-Rey, 2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família**: uma abordagem psicanalítica. 2. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 133.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Ação de Alimentos**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme (Coord.). **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro, Forense, 2008

PERLINGIERI, Pietro. **Manuale di diritto civile**. Napoli: Edizione Scientifiche italiane. 2005.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. **Propriedade privada no Direito Romano**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. **Derecho Civil**. México: Pedagógica Iberoamericana, 1996.

PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

PORTUGAL, Código. **Código Civil português**. Coimbra: Almedina, 1967.

PRUNES, Lourenço Mario. **Ações de alimentos**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1976.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. Direito à velhice: a proteção constitucional da pessoa idosa. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.); LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Os "novos" direitos no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**: Lei nº 10.406, de 10/01/2002. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: direito de família. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v.6.

SALDANHA, Nelson. **O jardim e a praça**: o privado e o público na vida social e histórica. São Paulo: Edusp, 1993.

SANTOS, Eduardo dos. **Direito de família**. Coimbra: Almedina, 1999.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v.1.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SEGURADO, Milton Duarte. **O direito do Brasil**. São Paulo: Bushatsky, Edusp, 1973.

SENA, Eduardo Cunha Alves de; CHACON, Paulo Eduardo de Figueiredo. Tutela constitucional da terceira idade: o resgate da dignidade humana da pessoa idosa. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 957, 15 fev. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7970>>. Acesso em: 6 jul. 2009.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e; FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). **O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

SOUZA, Ivone Maria Coelho de. Papéis avoengos: uma sobreposição à parentalidade. In: _____. (Coord.) **Parentalidade**: análise psico-jurídica. Curitiba. Juruá, 2009.

TURKENICZ, Abraham. **A aventura do casal**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1995.

URUGUAI, Código. **Código Civil Uruguay**. 1995. Disponível em: <<http://www.iberred.org/assets/Uploads/Cdigo-Civil-Uruguay.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: direito de família. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v.6.

VISIGODOS. In: Wikipédia: a enciclopédia livre. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/visigodos>>. Acesso em: 11 out. 2009.

VIANA, Marco Aurélio da Silva. Alguns aspectos da obrigação alimentar. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, v. 67, n. 515. 1978.

WALD, Arnold. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

ALEXY, Robert. **El concepto y la validad Del derecho**. Barcelona: Gedisa, 1994.

ALPA, Guido. **Introduzione allo studio critico del diritto privato**. Torino: Giappichelli, 1994.

ALVIM, Teresa Arruda. **Direito de Família: Aspectos Constitucionais, civis e processuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. v.3.

ALVIM, Teresa Arruda. **Direito de Família: Aspectos Constitucionais, civis e processuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. v.2.

ALVIM, Teresa Arruda. **Direito de Família: Aspectos Constitucionais, civis e processuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. v.1.

ALVIM, Teresa Arruda; LEITE, Eduardo de Oliveira. **Repertório de doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. v.4.

AMATO, Vicenzi. Gli alimenti. In: RESCIGNO, Pietro. **Trattato di diritto privato**. 2. ed. Torino: Utet, 1999. v. 3, p. 894-895.

AULETTA, Tommaso Amadeo. **Alimenti e solidarietà familiare**. Milano: Giuffrè, 1984.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de et al. (Org.) **Infância em família: um compromisso de todos**. Porto Alegre: IBDFAM, 2004.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Comentários ao código civil: parte especial: do direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2003. v.19.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Comentários ao novo código civil: do direito de família, do direito pessoal, das relações de parentesco**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v.18.

AZEVEDO, Álvaro Villaça; VENOSA, Sívio de Salvo. **Código civil anotado e legislação complementar**. São Paulo: Atlas, 2004.

BARCELONA, Pietro. **Diritto privato e società moderna**. Napoli: Jovéne, 1996.

BARRETO, Vicente (Org.). **A Nova Família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

BELLUSCIO, Augusto César; ZANNONI, Eduardo A.; CARLUCCI, Aída Kemelmajer de. **Responsabilidad Civil en el Derecho de Familia**. Buenos Aires: Hammurabi, 1983.

BENDA, Ernest. Dignidad humana y derechos de la personalidad. In: BENDA, Ernest et al.. **Manual de derecho constitucional**. Madri: Marcial Pons, 1996.

LOBO, Paulo Luiz Neto. A repersonalização das relações da família. In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). **O direito de família e a constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 54.

BOECKEL, Fabrício Dani. **Tutela jurisdicional do direito a alimentos**. Porto Alegre: Advogado Editora, 2007.

BOSSERT, Gustavo A.; ZANNONI, Eduardo A.. **Manual de derecho de família**. 6.ed. Buenos Aires: Astrea, 2007.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Receita Federal. **Arrecadação da Receita Administrada pela RFB: Período 1985 a 2002**. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Historico/Arrecadacao/Historico85a2001.htm>>. Acesso em: 11 out. 2009.

CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e Separação**. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CALSAMIGLIA, A. Ensaio sobre Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. **Los Derechos en Serio**. Barcelona: Ariel, 1989.

CARBONNIER, Jean. **Droit civil: la famille**. 12.ed., Paris: PUF, 1983.

CARBONNIER, Jean. **Ensayos sobre las leyes**. Madrid: Cívitas, 1998.

CARBONNIER, Jean. **Flexible droit: pour une sociologie du droit sans rigueur**. Paris: LGDJ, 1992.

COIMBRA, David. A voz de uma mãe do outro lado da linha. **Zero Hora**, Porto Alegre, 5 dez. 2008. p. 3.

CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO DE FAMILIA, n. 10, 1998, Mendoza. **El Derecho de Família y los nuevos paradigmas**. Mendoza: Municipalidad de Mendoza, 1998.

CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, n. 6; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, ética, família e o novo código civil brasileiro: anais...** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, n.1; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.). **Repensando o Direito de Família: anais...** Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, n.2; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família: a família na travessia do milênio, anais...** Belo Horizonte: IBDFAM, OAB-MG, Del-Rey, 2000.

CONGRESSO INTERNACIONAL DE DERECHO DE FAMILIA, n .13; ALVAREZ, Carlos Lasarte (Dir.). **Perspectivas Del derecho de família em el siglo XXI: Abstracts aceptados**. Huelva: A.G Servigraf SL, 2004.

DEL'OMO, Florisbal de Souza; ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim (Coord.). **Direito de família contemporâneo e novos direitos: estudos em homenagem ao Professor José Russo**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001

DOGLIOTTI, Massimo. I diritti del anziano. **Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile**, Milán, v.41, n.3, p. 708-719, sep. 1987.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Los Derechos en Serio**. Barcelona: Ariel, 1989.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FACHIN, Luiz Edson (Coord). **Repensando fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade: relação biológica e afetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FACHIN, Luiz Edson; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Comentários ao novo código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v.18.

FANZOLATO, Eduardo Ignácio. **Alimentos y reparaciones em la separación y em el divorcio**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1993.

FANZOLATO, Eduardo Ignácio. Daños y desequilíbrios econômicos divorcials: resarcimientos y compensaciones. Separata de: **Foro de Córdoba**. n. 79, nov. 2002. Não paginado.

FAVOUREU, L. et al.. **Tribunales constitucionales europeus y derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1977

GEMA, Scipione. **L'obbligazione alimentare nel diritto comparator e internazionale**. Macerata: Unione Tipográfica, 1908.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GONZALEZ. Matilde Zavala de. **Personas, Casos y Cosas en el Derecho de Daños**. Buenos Aires: Hammurabi, 1991.

HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa**: complementos y estudios previos. 4.ed. Madrid: Cátedra Teorema, 2001.

HABILDE, Gustavo. **El derecho a la cuota alimentaria**. Buenos Aires: Centro Norte, 2006.

HERRERA, Marisa; CHECHILE, Ana María. El rol de los abuelos em el derecho de família contemporâneo: uma mirada desde los conflictos de comunicación entre abuelos y nietos. **Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia**: Derecho de Família, Buenos Aires: Abeledo Perrot, n.40, p. 17-38, jul./ago. 2008.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A incessante travessia dos tempos e a renovação. In: DEL'OMO, Florisbal de Souza; ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim (Coord.). **Direito de família contemporâneo e novos direitos**: estudos em homenagem ao Professor José Russo. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 47-62.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Perfil dos Idosos Responsáveis pelos Domicílios no Brasil**. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/perfilidoso/default.shtm>>. Acesso em: 11 out. 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LASARTE, Carlos. **Princípios de Derecho Civil: Derecjo de Familia**. 3.ed. Madrid: Marcial Pons, 2002. v.6.

LEGENDRE, Pierre. **Law and the unconscious: a Legendre reader**. New York: St. Martin's, 1997.

LEITE, Eduardo de Oliveira. A recepção dos princípios constitucionais no novo direito de família codificado. In: CANEZIN, Claudete Carvalho (Org.). **Arte Jurídica: Biblioteca Científica de Direito Civil e Processo Civil da Universidade Estadual de Londrina**. Curitiba: Juruá, 2005, v. 2, p. 51-64.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito Civil Aplicado: Direito da Família**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2005. v.5.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Fixação do Quantum Alimentar. In: FREITAS, Douglas Phillips (Org.). **Curso de Direito de Família**. Florianópolis: Vox Legem, 2004, v. 1, p. 199-218.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Monografia Jurídica**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Temas de Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de direito de família: origem e evolução do casamento**. Curitiba, Juruá, 1991.

LEITE, Eduardo de Oliveira; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). **Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família: aspectos constitucionais, civis e processuais**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1996.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

NORONHA, Fernando. Obrigações solidárias e indivisíveis, litisconsórcio e coisa julgada. **Revista da ESMESC**, Florianópolis: ESMESC, v.3, n.3, p. 91-120, 1997.

OLIVEIRA, Guilherme (Coord.). **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro, Forense, 2008

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Plano de ação internacional contra o envelhecimento**, 2002. Brasília : Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2003. Disponível em: <<http://www.cicts.uevora.pt/paienv.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2009.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de família**. 5.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família Contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

PERLINGIERI, Pietro. **Il diritto civile nella legalità costituzionale**. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1983.

POCAR, Valério; RONFANI, Paola. **La famiglia e il diritto**. Roma: Laterza, 2001.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Doutrina e prática dos alimentos**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

REIS, Carlos David S. Aarão. **Família e igualdade**: a chefia da sociedade conjugal em face da nova constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

RESCIGNO, Pietro. **Trattato di diritto privato**: persone e famiglia. 2. ed. Torino: Utet, 1999. v. 3

REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO DAS FAMÍLIAS E SUCESSÕES. Porto Alegre; Belo Horizonte: Magister: IBDFAM, v.10, n.8, fev./mar. 2009.

REVISTA DOS TRIBUNAIS. São Paulo: RT, n.515, 1978.

REVISTA INTERDISCIPLINARIA DE DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, n. 40, jul./ago. 2008.

RODRIGUES, Silvio; AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). **Comentários ao código civil**: parte especial, do direito de família. São Paulo: Saraiva, 2003. v.17.

SANTOS, Diego Benavides. **Código da família**. 2.ed. San José: Juritexto, 2000.

SANTOS, Diego Benavides. **Ley de pensiones alimentarias**. 2.ed. San José: Juritexto, 2002.

SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. **Reparação civil na separação e no divórcio**. São Paulo: Saraiva, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SCIANCELEPORE, Giovanni; STANZONE, Pasquale. **Anzione, capacità e tutele giuridiche**. Milano: IPSOA, 2003.

SEPIN NET REVISTA PERSONA Y FAMÍLIA. Madrid, n. 32, abr. 2004.

SEPIN NET REVISTA PERSONA Y FAMILIA. Madrid, n. 34, jun. 2004.

SOARES, Orlando. **Direito de Família**: de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SOUZA MINAYOA, Maria C.. Visão antropológica do envelhecimento humano. In: SERVIÇO SOCIAL DO COMÉRCIO; PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO. **Velhices**: reflexões contemporâneas. São Paulo: PUC-SP; SESC, 2006. p. 47-60.

SOUZA, Ivone Coelho de. (Org.) **Casamento, uma escolha além do judiciário**. Florianópolis: Vox Legem, 2006.

SOUZA, Ivone Maria Coelho de (Org.). **O novo código civil e a constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SOUZA, Ivone Maria Coelho de. Papéis avoengos: uma sobreposição à parentalidade. In: _____. (Coord.) **Parentalidade**: análise psico-jurídica. Curitiba. Juruá, 2009, p. 165-181.

STANZIONE, Gabriella Autorino. **Diritto di famiglia**. Torino: Giappichelli, 1997.

STANZIONE, Gabriella Autorino. **Sui rapporti familiare nel vigente ordinamento spagnolo in comparazione com il diritto italiano**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1984.

TAPAI, Giselle de Melo Braga (Coord.); REALE, Miguel (Prefácio). **Novo código civil, lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**: estudo comparativo com o código civil de 1916, Constituição Federal, legislação codificada e extravagante. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Direitos da família e do menor**: inovações e tendências – doutrina e jurisprudência. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

TRABUCCHI, Alberto. **Istituzione ddi diritto civile**. 24.ed. Padova: Cedam, 1993.

TRIBE, Laurence, **American Constitutional Law**, 2.ed. New York: Foundation Press, 1988.

WADLINGTON, Walter; O'BRIEN. **Family law statutes, international conventions and uniform laws**. New York: Foundation Press, 2000.

WALD, Arnold; FONSECA, Priscila M. Corrêa da. **Direito Civil**: Direito de Família. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v.5.

WELTER, Belmiro Pedro (Coord.); MADALENO, Rolf Hanssen (Coord.). **Direitos fundamentais do direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

WELTER, Belmiro Pedro. **Alimentos no Código Civil**. São Paulo: Thompson, 2004.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. Madrid: Trotta, 1997.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **La giustizia costituzionale**. Bologna: Il Milino, 1988.

ZAMBERLAM, Cristina de Oliveira. **Os novos paradigmas da família contemporânea: uma perspectiva interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ZAMBRANO, Virginia. **Direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre, 15 maio 2006. Palestra realizada na Escola da Superior da Magistratura/AJURIS.

ZAMBRANO, Virginia. **Autonomia privada e relação familiar: papel e função da mediação**. Porto Alegre, 11 dez. 2006. Palestra realizada na Escola da Superior da Magistratura/AJURIS.

ZAMBRANO, Virginia. Sociedade moderna e novos direitos. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL SOBRE LIMITES E POSSIBILIDADES DO DIREITO MODERNO, n. 3, dez. 2006, São Leopoldo. **Visa transdisciplinar**. São Leopoldo: Unisinos.

ZANETTI, Robson. A discriminação positiva em favor das mulheres. **Justiça do direito**. Passo Fundo: Universidade de Passo Fundo, v.14, n.14, p. 129-132, 2000.

LEGISLAÇÃO CONSULTADA

ALEMANHA, Código. SCHLÜTER, W. (Org.). **Código Civil alemão: direito de família**. 9.ed. Porto Alegre: Fabris, 2002.

ARGENTINA, Código. **Código Civil de la República Argentina: Códigos Universitários**. 6. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008.

ARGENTINA, Código. **Código Civil**. Buenos Aires: Zavalía, 1989.

ARGENTINA, Código. HIGHTON, Elena I. (Coord.); BUERES, Alberto J. (Dir.). **Código Civil y normas complementarias: análisis doctrinal y jurisprudencial, artículos 159/494, familia**. 1. ed. Buenos Aires: Hamurabi, 2007.

BRASIL, Código. Senado Federal. Subsecretaria de Edições Técnicas. **Código Civil**: Anteprojeto. Brasília, DF: SET, 1989. v.5, t.2.

BRASIL, Código. **Código Civil, Código Comercial, Código de Processo Civil, Constituição Federal e legislação Complementar**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 11 out. 2009.

BRASIL. **Decreto n.º 1839**, de 31 de Dezembro de 1907.

BRASIL. **Lei n.º 10.741**, de 1º de Outubro de 2003. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/2003/L10.741.htm>>. Acesso em: 11 out. 2009. Estatuto do idoso.

BRASIL. **Lei n.º 12.010**, de 3 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm>. Acesso em: 11 out. 2009. Nova lei da adoção.

BRASIL. **Lei n.º 6.515**, de 26 de dezembro de 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6515.htm>. Acesso em: 11 out. 2009. Lei do divórcio.

BRASIL. **Lei n.º 8.069**, de 13 de Julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 11 out. 2009. Estatuto da criança e do adolescente.

BRASIL. **Lei nº 8.971**, de 29 de dezembro de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8971.htm>. Acesso em: 11 out. 2009.

BRASIL. **Lei nº 9.278**, de 10 de maio de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9278.htm>. Acesso em: 11 out. 2009.

CHILE, Código. **Código Civil**. 7 ed. Santiago: Juridica de Chile, 1977.

COSTA RICA, Código. SANTOS, Diego Benavides (Org.). **Código de Família**. 2. ed., San José: Juritexto, 2000.

FRANÇA, Código. **Code Civil**. 106.ed. Paris: Dalloz, 2007.

ITALIA, Código. **Codice Civile e leggi complementari**. 10.ed. Padova: CEDAM, 1971.

ITALIA, Código. **Codice Civile spiegato articolo per articolo**. Napoli: Esse Libri, 2006.

PORTUGAL, Código. **Código Civil português**. Coimbra: Almedina, 1967.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Centro de Estudo. **Conclusões do Centro de Estudos**. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/institu/c_estudos/conclusoes.php>. Acesso em: 11 out. 2009.

UNIÃO EUROPEIA. **Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea**. 7 dic. 2000. Disponível em: <[http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000X1218\(01\):IT:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000X1218(01):IT:HTML)>. Acesso em: 11 out. 2009.

URUGUAI, Código. **Código Civil Uruguay**. 1995. Disponível em: <<http://www.iberred.org/assets/Uploads/Cdigo-Civil-Uruguay.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2009.