

CAROLINA PERES CURY

Dever de Assistência Afetiva aos Filhos de Pais Separados

Bacharelado em Direito

FEMA-FUNDAÇÃO EDUCACIONAL DO MUNICÍPIO DE ASSIS
ASSIS
2009

CAROLINA PERES CURY

Dever de Assistência Afetiva aos Filhos de Pais Separados

Monografia apresentada ao Departamento do Curso de Direito do IMESA (Instituto Municipal de Ensino Superior), como requisito para a conclusão de curso, sob a Orientação específica da Prof^a. Dr^a. Elizete Mello da Silva, e Orientação Geral do Prof. Dr. Rubens Galdino da Silva.

**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL DO MUNICÍPIO DE ASSIS
ASSIS
2009**

Folha de Aprovação

Assis, ____ de _____ de 2009

Assinaturas

Orientador(a): Elizete Mello da Silva _____

Examinador(a): Maurício Dorácio Mendes _____

DEDICATÓRIA

“Dedico a todos que acreditaram em mim e que tanto me incentivaram durante estes árduos anos de estudo e sacrifícios, em especial aos meus pais”, e ao meu tio Naef Cury e aos meus primos.

Agradecimentos

A Deus, nossa força maior, por nos proporcionar o dom da vida e da sabedoria. Sem ele nada seríamos nem realizaríamos.

Obrigada, Senhor, pelo teu carinho de Pai.

Aos nossos familiares, pelo companheirismo e por se fazerem presentes em nossas vidas até que esse momento se concretizasse.

Em especial a minha orientadora Prof^a. Dr^a. Elizete Mello da Silva

Às amigas do curso, pela vivência e pelas experiências trocadas durante estes anos, e por nos mostrarem que a amizade é a grande conquista do ser humano. Sentiremos saudades!

A todos aqueles que contribuíram, direta ou indiretamente, incentivando-nos na elaboração deste trabalho.

Muito obrigado...

Sumário

Introdução.....	9
I - Família	11
1.1 - Conceito	11
1.2 - A Evolução e Organização da Família	12
1.3. - Família no Brasil	13
1.4 - Estatuto da Criança e do Adolescente	15
1.5 – Guarda Compartilhada.....	18
II - Dever de Prestar Alimentos	21
2.1 – Conceito de Alimentos	21
2.2 - Evolução Histórica do Alimento.....	22
2.3 - Papel do Estado em Cobrar a Prestação de Alimentos.....	22
2.4 – Quanto à sua Natureza: Naturais e Cíveis	23
2.5 - Características	24
2.5.1 - Irrenunciabilidade.....	24
2.5.2 – Impossibilidade de Restituição ou Repetição.....	25
2.5.3 - Incompensabilidade.....	25
2.5.4 - Impenhorabilidade.....	25
2.5.5 – Impossibilidade de Transação.....	26
2.5.6 - Imprescritibilidade	26
2.5.7 - Variabilidade.....	26
2.5.8 - Periodicidade.....	26
2.6 - O Dever Segundo a Constituição Federal	27
2.7 - Dever Segundo o Novo Código Civil	27
2.8 – Sujeitos da Obrigação.....	28
2.9 – Nascituro Objeto em Ação de Alimentos	30
III – Do Dever da Assistência Afetiva	32
3.1 – Relação Pai e Filhos Direitos e Obrigações.....	32
3.2 – Reconhecimento de Paternidade (DNA)	33
3.3 – Presunção de Responsabilidade.....	33
3.4 – Proteção dos Filhos e a Convivência Familiar	34
3.5 – Descumprimento do Dever de Convivência.....	35
3.6 - Afeto	35
3.6.1 - Afeto e a Psicanálise.....	36
3.6.2 - Afeto e o Direito de Personalidade.....	36
3.6.3 – Afeto como Princípio Jurídico.....	38
3.6.4 - Falta do Afeto	42
3.6.5 - Responsabilidade Civil. Abandono Moral. Reparação. Danos Morais. Impossibilidade.....	42
Referência Bibliográfica.....	46

Resumo

É na família que os modelos de relacionamento são aprendidos e muitas das reações individuais que determinam esses modelos de relacionamento podem ser esclarecidos e explicados, de acordo com a configuração familiar do indivíduo. Na interação familiar que se configuram os traços de personalidade, por meio de modelos apresentados e vividos pelos pais e que serão seguidos pelos filhos.

Neste sentido, o poder judiciário depara-se com um novo desafio e a pertinente questão de cobrar o dever de assistência moral e afetiva aos filhos de pais separados. O objetivo de ser pensado tal como princípio jurídico e um dever que deve ser cumprido nas relações familiares.

Palavras - Chaves

Família, Afeto, Filhos, Assistência, Direito, Alimentos

Abstract

It is in the family that the relationship models are learned and many of the individual reactions that determine those relationship models they can be illustrious and explained, in agreement with the individual's family configuration. In the family interaction that the personality lines are configured, through presented models and lived by the parents and that will be followed for the children.

In this sense, the judiciary power comes across a new challenge and the pertinent subject of collecting the duty of moral and affective attendance to the separate parents' children. The objective of being thought just as I begin juridical and a duty that should be accomplished in the family relationships.

Keywords

Family, Affection, Children, Attendance, Right, Victuals

Introdução

A família como elemento social é motivo de constante alteração, estando ao sabor das transformações sofridas pela sociedade. A dois mil anos atrás, sua constituição certamente era diferente de hoje, e assim como atualmente existe alterações da constituição de uma família chinesa para uma brasileira, àquela época as diferenças eram muito maiores. Porém, o que de comum existiu e ainda existe é que a família continua sendo a célula da sociedade, e apesar de alterações em sua constituição espelhar as novas relações e novas posições do mundo moderno, ela ainda é responsável pela formação dos novos membros que habitam este mundo.

A relação entre pais e filhos marcada por responsabilidades econômica, moral e afetiva foi objeto de discussão neste trabalho de pesquisa. Entendemos que o dever dos pais em prover alimento, tem uma dimensão ética e jurídica que não esta restrita ao aspecto econômico.

Para defendermos o dever da assistência afetiva aos filhos de separados numa dimensão jurídica e social dividimos o trabalho em três partes.

No primeiro capítulo abordamos o conceito e a evolução da família dentro de um processo histórico, atualizando o entendimento da mesma com inovações e obrigações advindas do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Instituto da Guarda Compartilhada.

Na segunda parte discorreremos sobre o conceito e dever da prestação de alimentos, salientando sua principais características, nos apoiamos nas fontes jurídicas como a Constituição Federal e o Novo Código Civil. Sendo desta perspectiva, discutimos ainda o direito ao nascituro em ação de alimentos apoiado na lei.

Já no terceiro capítulo analisamos o afeto como princípio jurídico, considerando como elemento essencial na relação entre pais e filhos sendo responsável pela formação emocional e moral do indivíduo. Assim termos como responsabilidade civil, abandono moral e reparo de danos morais foram pertinentemente abordados na última parte do trabalho.

Desta forma percorremos uma trajetória de análise e debate na defesa da assistência afetiva aos filhos de pais separados, tentando contribuir com a nova visão jurídica sobre o assunto.

I - Família

1.1 - Conceito

A Constituição Federal caracteriza como família a união fruto de casamento, de "união estável", e também a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

O artigo 226 da Constituição Federal determina a proteção especial do Estado à entidade familiar: "A família, a base da sociedade, tem especial proteção do Estado".

Os parágrafos 3º, 4º, 5º, do referido artigo, respectivamente, contemplam:

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

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

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

A família não é somente uma instituição de caráter biológico, mas certamente uma denominação social e cultural. (ALMEIDA JÚNIOR, 2004). Independente, desta origem, a partir do momento em que a família é constituída, cabe ao Estado, à sociedade e aos pais zelarem pelos direitos dos filhos da convivência familiar. Assim afirma 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, á cultura, á dignidade, ao respeito, á liberdade e á convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão".

É justamente com este sentido que evidenciamos a responsabilidade dos pais em prover a assistência moral e financeira dos filhos, pois só assim estarão assegurados os direitos fundamentais das crianças e adolescentes.

1.2 - A Evolução e Organização da Família

Ao longo do tempo a família sofreu várias alterações, principalmente durante a ascensão do capitalismo e ocorrido entre o século XVI e XVII.

As crianças até então eram vistas como adultas e diferenciadas dos mesmos apenas pelo seu tamanho. A família era conservadora e fechada, de origem nobre ou burguesa, pobre ou bastarda, o patriarca a conduzia como uma empresa.

Na posterior fase da consolidação do capitalismo, ocorreu uma reestruturação familiar onde as mulheres passaram a ocupar diferentes papéis dentro e fora de casa. Assim, elas mostraram-se para o mundo como pessoas capazes de realizar trabalhos que antes eram exclusivos dos homens. Saindo assim dos seus casulos e alcançando com muita dificuldade sua independência deixando para trás o opressor direito patriarcal.

As mulheres foram progressivamente ocupando espaços econômicos, não se mostrando submissas aos maridos. Dentro deste novo contexto, a criação dos filhos ficou submetida a terceiros e, quando não, ao próprio Estado, através de creches mantidas pelo poder público ou por outro órgão público (ALMEIDA JÚNIOR, 2004, p. 33).

A mulher passou a ser o grande foco dessa modernidade, ocupando lugares significativos na sociedade e, assim, seus os filhos adquirem novos direitos de proteção e educação.

No seio da convivência familiar desenvolvem-se os valores morais e éticos, como o respeito e a dignidade da pessoa humana. Considerando assim que os requisitos para sua Constituição, não é só jurídico mais também afetivo.

É justamente no universo da família que as crianças precisam ser amadas e respeitadas para quando chegarem a idade adulta, possam exercer atividades produtivas para si próprias como também para a sociedade, devendo desta forma ser educadas para que tenham valores compatíveis com a cultura que a cercam.

Na família moderna o relacionamento familiar portando ganha uma nova roupagem, passando a ser mais flexível e democrático, permitindo que cada indivíduo possa realmente ser feliz e respeitado como cidadão.

Percebe-se também que o pai não pode só se limitar ao sustento, guardando financeiramente a educação dos filhos, ou apenas ao simples pagamento de gastos e pensões no final do mês.

O pai contemporâneo precisa acompanhar o desenvolvimento dos seus filhos, seja físico, intelectual ou social, pois o amor é o elo mais importante da família.

Hoje a Justiça está punindo os pais que não dão atenção, amor, carinho aos filhos, e muito ainda está por se fazer em relação à responsabilidade moral e afetiva entre os pais e filhos, pois existem ex-casamentos, mas não ex-filhos.

1.3. - Família no Brasil

A família brasileira sofreu uma grande influência da igreja católica. As mulheres eram obrigadas a se manterem castas até o casamento, e serem submissas aos esposos.

As mulheres se casavam, bem jovens, não por amor mais sim como um negócio nos termos econômicos. Dessa forma, o casamento aparece como forma de constituição de entidade familiar. Sobre tal influxo, editou-se o Código Civil Brasileiro, com normas que privilegiavam o casamento regular. (ALMEIDA JÚNIOR, 2004 P. 37).

Ademais, o antigo Código Civil tinha vários dispositivos que discriminavam, por exemplo, o concubinato impuro, em proteção à classificada família legítima. A propósito, o artigo 1.177 do Código Civil contemplava (ALMEIDA JÚNIOR, 2004 P. 37):

A doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal.

A escolha do casamento como meio único de constituição da família deve-se à vários motivos essenciais, onde a sociedade brasileira sempre teve a propensão de cultivar as tradições cristãs.

Dentro deste modelo de relação matrimonial, nota-se a ausência de felicidade e de amor entre membros da família. Afinal, código era espelho de uma sociedade patriarcal e, por isso, machista, onde o marido tinha a preocupação de sustentar economicamente a família cabendo esposa apenas o dever de educar os filhos e cuidar da casa.

Na realidade, pouco importava se os membros da família eram felizes ou não, a dignidade deles era um dado secundário. A instituição familiar era concebida como um instituto fechado, único e correto, levando às mulheres, e seus filhos a total subordinação.

Os filhos provenientes de relações extraconjugais eram tratados como "ilegítimos" sem receber os direitos só então reservados aos filhos legítimos, que era previsto no artigo 337a 351 do Código Civil.

Mesmo aos filhos "legítimos" o pai ocupava o posto de senhor absoluto da razão, enquanto que o filho era seu mero obediente. Não era aberto espaço para o diálogo, para a troca de idéias e de conhecimentos.

Por outro lado, o pátrio poder era exercido pelo seu titular, como se fosse um direito para com seus filhos. Neste contexto as famílias sofriam com o fato de terem que manter a fachada "hipócrita" de felicidade.

Todo esse cenário perdurou por muito tempo, mas felizmente, a Constituição Federal de 1988, vem atendendo aos anseios sociais, alterando o paradigma da família brasileira.

Conforme o artigo 226 §8º da Constituição Federal ressalta que: Estado assegura a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismo para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Ainda, fica claro na carta magna que é dever da família e do Estado assegurar, direitos e garantias fundamentais aos filhos havidos ou não fora do casamento: "Os filhos, havidos ou

não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas á filiação". (Artigo 227; § 6º)

Com a questão econômica cede espaço para a responsabilidade legítima de filhos gerados fora do casamento. Mesmo os filhos adotivos ganham direitos e proteção, nos casos de adoção, as licenças variam de 120 dias (bebês até um ano), 60 dias (crianças de um a quatro anos), a 30 dias (crianças de quatro a oito anos).

Entre as inovações trazidas pela Constituição Federal no sentido de assegurar à dignidade humana de segmentos sociais mais vulneráveis a violência, estão preservadas ainda a atenção aos idosos. Tendo o Estado o dever de amparar as pessoas mais velhas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito á vida.

1.4 - Estatuto da Criança e do Adolescente

No que tange á proteção especial das crianças e adolescentes, não podemos esquecer-nos de manifestar a grande importância do Estatuto da Criança e do Adolescente criado em 1990 com a aprovação da Lei Federal nº 8.069, que irá reafirmar o papel do Estado no amparo da defesa e dos direitos aos menores.

Mas para chegar até aqui foram muitos anos de mobilização, discussão e luta pelos Direitos da Criança e do Adolescente.

O Estatuto da Criança e do Adolescente regulamenta os ART. 227 e 228 da Constituição Federal aprovada em 1988. Vários segmentos da sociedade civil, articuladas no Fórum Nacional de Defesa dos Direitos da Criança e do adolescente, participaram de muitos encontros pelo país com o objetivo de construir e aprovar no Congresso Nacional o Estatuto da Criança e do Adolescente.

O Estatuto da Criança e do Adolescente substituiu as leis antigas, como o Código de Menores, por uma Lei com e conteúdos e objetivos mais claros para que todos os cidadãos possam ler, entender e fazer cumprir os direitos das crianças e do adolescentes.

A prioridade absoluta do Estatuto da Criança e do Adolescente está no artigo 4º e no seu parágrafo:

“É dever da família, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.”

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.

A criança é um ser único absoluto que desde a sua concepção já deve ser amada e protegida por todos os males que possam vir a prejudicar a sua integridade seja ela física, social e moral.

A família é a primeira célula que compõem a estrutura da criança e também tem o dever e a responsabilidade de cuidar, zelar pelos direitos e garantias fundamentais da criança e do adolescente dando prioridade à vida, educação, lazer, cultura para assim formar um ser humano completo dentro de suas potencialidades.

A criança tem que ter a proteção integral e levar em consideração às suas peculiaridades de pessoas humanas em fase de seu desenvolvimento biopsíquico – funcional como ressalta o artigo 3º, do Estatuto da Criança e do 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-lhes, por lei ou por outros meios, todas as facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. ”

A criança tem como prioridade o direito incondicional e o respeito à liberdade seja de ir e vir como de atitudes e a preservação à sua integridade física, mental e moral facilitando os meios de oportunidades e do seu desenvolvimento como um todo.

No entanto ela terá o direito à liberdade, ao respeito e à dignidade conforme o artigo 15 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Art.15 "A criança e o adolescente têm direito á liberdade, ao respeito e á dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis. "

A criança precisa ser amada respeitada não só como um ser racional, mas sim como um ser completo de direitos e deveres, respeitando assim seu desenvolvimento.

Os pais tem um papel fundamental no que diz respeito a integridade da criança e do adolescente, sejam pais separados ou não, seja qual for a relação entre eles, tem que haver a contribuição, para educação e aos cuidados dos filhos que é algo intransferível e garantido por lei.

Pois toda criança tem o direito á convivência familiar e comunitária, no entanto o artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente esclarece: "Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substância entorpecentes. "

A criança tem o direito a ser criadas e educadas no seio de sua família seja ela biológica ou substituta e assegurando-lhe todos os direitos a uma vida plena com efetividade perante a sua família e a sociedade.

Também cabe aos pais que terão responsabilidades conjuntas a respeito dos filhos, sem exclusão e terão obrigação solidárias que será proporcional ás possibilidades materiais de cada um dos genitores, conforme o artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

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".

Deixando claro as obrigações e as responsabilidades em relação aos filhos, cabendo aos pais a igualdade das responsabilidades como estabelece na Constituição Federal no seu artigo 226 §5º diz: "Os direitos e deveres referentes á sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e a mulher."

Com isso fica garantido a criança todos os direitos independentes se os pais estão juntos ou não, pois não pode confundir ex esposa, ou ex marido, com ex filhos pois os filhos serão para sempre e não poderá servir como um instrumento de "guerra, vingança" para fluir ou prejudicar a outra parte; no entanto é dever dos pais zelar pela dignidade da criança sem colocar num tratamento desumano e nem constrangedor, pois o Estatuto da Criança e do

Adolescente esclarece no seu referido artigo 18: "É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violentando, aterrorizante, vexatório ou constrangedor".

É crime negar á criança cuidados sejam eles: respeito a sua integridade física e humana, ou levar-la á uma situação vexatória , ou uma determinada circunstância que a constrange, cabendo aos pais que são seus primeiros elos de segurança amar, proteger e acima de tudo zelar pelos direitos que lhe são assegurados como ser em desenvolvimento.

1.5 – Guarda Compartilhada

Guarda compartilhada refere-se á possibilidade dos filhos de pais separados serem assistidos por ambos os pais, nela os pais tem a efetividade e equivalente autoridade legal para tomar decisões importantes quando ao bem de seus filhos e freqüentemente tem uma paridade maior no cuidado a eles do que os pais com guarda única. (DIAS: 2004, PG.16)

A guarda compartilhada é muita significativa porque remete a pensar em cuidado, atenção, com as crianças que terão um relacionamento mais íntimo e promoverá um maior contato com os pais depois de separados.

O termo de guarda compartilhada ou guarda conjunta de menores refere-se á possibilidade dos filhos separados serem assistidos por ambos pais. Nela os pais têm efetiva e equivalente autoridade legal para tomar decisões importantes quanto ao bem estar de seus filhos e frequentemente tem uma paridade maior no cuidado a eles do que os pais com guarda única. (Nick, ano 1996, p.9).

Pelo exposto percebe-se a importância que o Estatuto da Criança e do Adolescente dá ao convívio das crianças com seus pais e sua repercussão sobre seu desenvolvimento, fica claro opção pela não discriminação da criança, a busca de protegê-la de abusos e maus tratos, e de assegurar-lhe todo o tipo de apoio disponível. A família e as relações familiares são tuteladas pelo Estatuto visando á proteção dos filhos, encontrando regras específicas para o abuso de o pátrio poder e prevendo expressamente no artigo 129, medidas aplicáveis aos pais e responsáveis, portanto o Estatuto dá amplo e claro suporte á guarda compartilhada. (DIAS: 2004, P.22)

A legislação civil quanto á guarda de filhos menores é clara na regra de que está seja concedida ao cônjuge inocente, uma vez que é de todo interesse que as crianças permaneçam em companhia do cônjuge que não cometeu a falta que causou a dissolução da sociedade conjugal, pois este em princípio, teria melhores condições morais para o exercícius da guarda (art 10, caput, da lei 6515, de 26.12 1977). Outro assim, busca-se doutrinar no sentido de que a guarda seja dada ao cônjuge que reúna as melhores condições para manter o(s) filho(s) junto a si. (DIAS: 2004, P.22)

Pelo exposto, vemos que há uma tendência a buscar o melhor interesse da criança, já que a tendência é pela escolha de um deles o importante é ver quem é o genitor que melhor exerce o "papel maternal", não importando se este é a mãe ou o pai.

Mas há outra característica da nossa legislação que tem implicações importantes sobre a guarda de menores: é o atributo de o pátrio poder é exercido igualmente por pai e mãe (se capazes).

O artigo 1.740 do Código Civil explica com clareza o Exercício da Tutela, que são:

ART. 1.740. Código Civil Incube ao tutor, quanto á pessoa do menor:

I- dirigir-lhe a educação, defende-lo e prestar-lhe alimentos, conforme os seus haveres e condições;

II- reclamar do juiz que providencie, como houver por bem, quando o menor haja mister correção;

III- adimplir os demais deveres que normalmente cabem aos pais, ouvida a opinião do menor, se este já contar doze anos de idade.

Tanto o Estatuto da Criança e do Adolescente e o pátrio poder leva a concluir que a doutrina brasileira é favorável á guarda compartilhada, ao menos no que tange ás responsabilidades e ao cuidado aos filhos.

A guarda compartilhada é um instrumento de grande valia que estimula á participação dos pais na vida de seus filhos, compartilhando o cuidado aos filhos, dividindo o trabalho e a responsabilidade, dando aos pais mais espaço para outras atividades, bem como diminuindo os sentimentos de culpa e frustração que podem sentir aquele que não cuida de seu filho com isso a criança terá apoio e melhor desenvolvimento, deste modo valia o sentido de mudar a postura dos pais separados, entende-se que é crucial o entendimento das vicissitudes que passam as crianças durante o processo da separação.

Desta maneira para que possa funcionar a guarda compartilhada deve ter alguns "requisitos". A vontade de ambos os pais; uma proximidade residencial que torne capaz a manutenção, principalmente dos estudos, mas também do convívio social dos filhos; a capacidade de ambos os pais de educarem seus filhos.

Sendo este o modelo mais adequado, para filhos e os pais separados se relacionar em dividindo afetos e responsabilidades.

II - Dever de Prestar Alimentos

2.1 – Conceito de Alimentos

O conceito jurídico de alimentos referem-se aos elementos necessários para sobrevivência de uma vida digna englobam vestuário, educação, saúde, alimentos, lazer, levando em conta a necessidade do alimentado e a possibilidade do alimentado daquele que alimenta.

Segundo Maria Helena Diniz (2002, p. 467), "o fundamento desta obrigação de prestar alimentos é o princípio da solidariedade familiar, pois vem a ser um dever personalíssimo, devido pelo alimentante, em razão de parentesco que o liga ao alimentado".

É um dever que decorre da lei que o responsável que tiver vínculo familiar terá a obrigação de prestar alimentos através de uma ação da qual a pessoa possa exigir da outra, em razão de parentesco, os recursos necessários para sua sobrevivência, devendo ser feitas prestações periódicas.

No Código Civil Brasileiro de 2002, no seu Artigo 1.694 Determina: "Podem os parentes, os conjugues ou companheiros pedir uns aos outros alimentos de que necessitam para viver de modo compatível com sua condição social, inclusive para atender as necessidades de sua educação".

Conforme o artigo acima citado o alimentado terá a garantia de sua subsistência, uma vez que não possui capacidade de prover seu sustento, e suas necessidades, amparado pela lei a responsabilidade dos parentes se torna obrigatória garantindo assim sua existência com total segurança.

2.2 - Evolução Histórica do Alimento no Direito

No Direito Romano a pensão alimentícia em relação a família não era uma obrigação e também nem era mencionada em suas primeiras legislações, essa omissão estava relacionada a falta de estrutura familiar romana, prevalecendo o pátrio poder. Aquele que possuía o pátrio poder nas mãos tinha todos os direitos, mas por outro lado não tinha nenhum tipo de obrigação com seus dependentes, com isso não se permitia exercitar contra o titular nenhuma pretensão de caráter patrimonial como a derivada dos alimentos.

Só passou a ter uma transformação, depois da progressão do conceito familiar que assumiu um valor maior importância.

Na época de Justiniano era conhecida uma obrigação alimentar entre ascendentes e descendentes, nestas ocasiões que surgiram discussões sobre alimentação recíproca entre cônjuges.

No direito canônico redimensionou-se o conceito de obrigação alimentar, incluindo entre outros elementos o direito proveniente das relações extra-familiares.

Antigamente Legislação Civil determinava a obrigação alimentar como sendo efeito jurídico do casamento, e deveres do cônjuge ("mútua assistência", art. 231, III e sustento, guarda e educação dos filhos", art.231, IV), Determinava ainda que marido como responsável pela família, "prover a manutenção da família" (art.233, IV).

No atual código civil de 2002, consagrou os princípios da dignidade da pessoa humana e o da igualdade, que todos deverão ter tratamento igual, exemplo: os filhos respeitando acima de tudo a sua dignidade não importando a sua origem familiar terão seu direito igual aos outros.

2.3 - Papel do Estado em Cobrar a Prestação de Alimentos

Dentro das necessidades enfrentadas pela população tornou-se um dever do Estado defender o direito das famílias em favor de suas sobrevivências garantindo-lhes uma forma de vida adequada, digna de um ser humano.

As partes interessadas em receber seus direitos relacionados a pensão alimentícia devem recorrer ao Estado para garantir seus direitos, que estão previstos na Lei Especial n.º. 5.478/68 no seu artigo 19 da lei de alimentos.

“Permite que o juiz no processo executório tome todas as providências que entender necessária, para obter a satisfação dos alimentos devidos, podendo, inclusive, decretar a prisão do devedor por até 60 (sessenta dias). E através do artigo 733 do Código do Processo Civil em seu §1º essa pena será aumentada pelo prazo de 1 (um) ano a 3 (três) meses.

ART.733 §1º DO CPC: " Na execução de sentença ou de decisão que fixa os alimentos provisionais, o juiz mandará citar o devedor para em 3 três dias, efetuar o pagamento, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuar-lo.

§1º Se o devedor não pagar, nem se escusar, o juiz decretar-lhe-á prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses.

Neste sentido a Constituição Federal deixa bem claro em seu artigo 5º, LXVII: Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel".

Conforme esclarecemos os artigos é permitido no caso de pensão alimentícia atrasada cabe prisão civil, pois trata-se justamente do Estado cumprindo seu papel de cobrar a prestação de alimentos.

2.4 – Quanto à sua Natureza: Naturais e Civis

Os alimentos naturais são aqueles que podem suprir necessidades de sobrevivência do alimentado, relacionando-se à alimentação, remédio, habitação, vestuários, tratando assim das necessidades primárias da vida.

Os alimentos civis têm outras finalidades pelo fato de ser mais abrangente como, morais e intelectuais, educação, instrução, assistência e recreação.

Segundo Diniz: que se filia ao posicionamento adotado por Orlando Gomes, a obrigação alimentar como sendo um direito de caráter especial, possui "conteúdo patrimonial e finalidade pessoal".(2002, p.463)

Cahali tal obrigação não deve ser considerada somente como interesse de conteúdo patrimonial da alimentado, "mas sobre um interesse de natureza superior que se poderia qualificar como um interesse público familiar" (1993, p.30). Neste âmbito, o Estado tem participação efetiva na relação jurídica entres as partes envolvidas para a manutenção e conservação do interesse social e familiar.

2.5 - Características

2.5.1 - Irrenunciabilidade

Segundo o entendimento de Silvio de Sálvio Venosa (2002,pg.364) diz: "o direito pode deixar de ser exercido, mas não pode ser renunciado, mormente quanto aos alimentos derivados do parentesco".

Conforme o autor estabelece o direito não pode ser renunciado e sim deixar de ser exercido, o direito de alimento é irrenunciável porque o Estado protege de acordo com a ordem publica no artigo 1.707 do Código Civil também ressalta:

“Artigo 1.707 “Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora”.

No entanto o artigo deixa bem claro que ninguém pode renunciar a esse direito de alimentos, sendo facultado ao credor de alimentos exercê-lo ou não.

2.5.2 – Impossibilidade de Restituição ou Repetição

Os alimentos provisórios quanto os definitivos depois de pagos não poderá ser devolvidos, não terão o direito de restituir o pagamento de alimentos.

2.5.3 - Incompensabilidade

Conforme publicado pela revista dos Tribunais (apud GONÇALVES, 2002, p. 137), "a jurisprudência vem permitindo a compensação, nas prestações vencidas, de valores pagos a mais, entendendo tratar-se de adiantamentos".

Dessa forma entende-se que o alimento é para a sobrevivência do necessitado, sendo que a dívida não comporta compensação.

2.5.4 - Impenhorabilidade

Os alimentos não poderão ser penhorados, conforme o artigo 649, inciso II, do Código de Processo Civil.

Conforme o artigo deixa claro ao dizer que: São absolutamente impenhoráveis: II- os moveis, pertences e utilidades domesticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida;

2.5.5 – Impossibilidade de Transação

O direito de pedir alimentos não poderá ser objeto de transação, é indisponível e personalíssimo.

2.5.6 - Imprescritibilidade

No Código Civil no seu artigo 206, §2º, diz, que a pretensão para conseguir prestações alimentares prescreve “em dois anos, a partir da data em que se vencer”.

Sendo assim o direito de cobrar a pensões alimentícia será de 2 dois anos, só não prescreve é o direito a alimento, e para os absolutamente incapazes artigos 197, II e 198, I Código Civil.

2.5.7 - Variabilidade

Poderá ser alterado o valor da prestação alimentícia são variáveis devidas as necessidades e condições das partes envolvidas, pode até ocorrer sua extinção.

2.5.8 - Periodicidade

O pagamento da pensão alimentício deverá ser periódico para suprir as necessidades do alimentado Segundo Sílvio de Salvo Venosa (2002, p 365) " o pagamento da obrigação alimentícia deve ser periódico, pois assim se atende á necessidade de se prover a subsistência".

Como ensina o autor que a pensão alimentícia é para gastos essenciais do alimentado, e as necessidades atuais de quem recebe os alimentos.

2.6 - O Dever Segundo a Constituição Federal

O artigo 227 da Constituição Federal diz:

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 profissão, à cultura, à dignidade ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los salvo de todas de formas de negligência, discricção, exploração, violência, crueldade e opressão'.

Conforme o que foi afirmado é dever da família, do Estado e da sociedade, proteger e garantir todos os direitos a crianças por isso pode observar que as famílias estão em primeiro lugar, na falta dela a Sociedade e o Estado assumem este dever. Prevalecendo hoje em dia o direito da família, da igualdade dos filhos, por isso que a obrigação alimentar é uma garantia constitucional.

O art. 229 da Constituição Federal traz como direitos e deveres dos pais e dos filhos: "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".

O artigo acima mencionado esclarece que os pais têm o dever de cuidar zelar pelos seus filhos e na velhice seus filhos são obrigados cuidar de seus pais, entretanto o que prevalece é o Estado assegurado o adimplemento de a obrigação alimentar e a sobrevivência do indivíduo e o direito da família.

2.7 - Dever Segundo o Novo Código Civil

O artigo 1.694 deixa claro quem tem a obrigação de prestar alimentos "Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros 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."

Tanto os pais, irmãos, cônjuges, descendentes, ascendentes mais próximo terão que cumprir com sua obrigação quando for necessário garantido uma vida digna a quem necessita.

Neste mesmo sentido o artigo 1.695 do C.C trata do assunto afirmando que: "São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, a própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário a seu sustento".

Entretanto, o parente só poderá pedir alimentos a quem necessariamente tiver necessitado caso ao contrário não poderá pleitear suposto direito.

Observamos abaixo os artigos 1.696, 1.697 e 1698, do C.C o artigo 1.694 do Código Civil:

Art 1.696 do C.C "O direito á prestação de alimentos é recíproco entre pais e filho, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros".

ART 1.697 do C.C "Na falta dos ascendentes cabe obrigação aos descendentes, guardada a ordem de sucessão e, faltando estes, aos irmãos, assim germanos como unilaterais".

ART 1698 DO C.C "Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente os encargos, serão chamados a concorrer os de graus imediatos; sendo varias 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."

Os referidos artigos ressaltam as obrigações dos parentes até segundo grau colateral no que diz respeito a possibilidade e responsabilidade de prestarem alimentos.

2.8 – Sujeitos da Obrigação

Primeiros são os pais, segundo avós, conseqüentemente, bisavós e assim sucessivamente.

As responsabilidades são distribuídas pelos dois genitores, que se dividem e compartilham entre si tanto na educação e na manutenção da criança e o que for necessário para sua vida no cotidiano.

Neste contexto Motta, (1996, p 19) afirma: "outros aspectos a considerar é que neste modelo a responsabilidade civil pelos atos dos filhos é de ambos os pais já que se ambos educaram e decidiram ambos são também responsáveis pelos atos dos filhos, como o eram enquanto casados".

A autora deixa claro que a responsabilidade é de ambos não importa com quem o filho está se é com a mãe ou com pai, tem o dever de ter seu filho em sua companhia e seu filho o direito de crescer sob sua fiscalização, responsabilidade, na sua companhia e acima de tudo o afeto.

No caso se o filho precisar de alimentos terá que acionar primeiramente o pai ou a mãe, pois eles que tem esses deveres tem que garantir a sobrevivência do filho, poderá acionar o pai ou a mãe vai depender das condições financeira de cada um no caso se a mãe tiver mais condições ela que terá que ajudar e amparar seu filho é o principio da igualdade.

Segundo Yussef Said Cahali I(1993, p.45) entende-se que:

Incumbe aos genitores- cada qual e ambos conjuntamente, sustentar os filhos, provendo-lhes a subsistência material e moral, fornecendo-lhes alimentação, vestuário, abrigo, medicamentos, educação, enfim, tudo aquilo que se faça necessário á manutenção e sobrevivência dos mesmos. Todos os esforços dos pais devem ser orientados no sentido de fazer do filho por eles gerados um ser em condições de viver por si mesmo, de desenvolver- se e sobreviver sem o auxílio de terceiros, tornando a sua vez capaz de ter filhos, em condições de criá-los.

No caso que os pais não ter condições de pagar alimentos, para a sobrevivência da criança podendo ser parcial ou total, poderá transferir essa responsabilidade aos avós pelo princípio da solidariedade. Comprovado recursos financeiros terá o dever de pagar a pensão alimentícia aos netos. Nessa obrigação de alimentar só será dever dos avós quando os pais não tiverem condições de suprir as necessidades dos filhos.

A ação de alimentos contra os avós tem cabimento quando comprovada a falta ou a incapacidade financeira absoluta dos pais.

As avós não tem o dever de sustentar, apenas obrigação de alimentar baseado no principio da solidariedade familiar.

2.9 – Nascituro Objeto em Ação de Alimentos

Sabemos que para adquirir personalidade humana e só com nascimento com vida e o embrião que está no ventre materno a este terá que disponibilizar condições necessárias antes de nascer, esses direitos devem ser interpretados como direitos fundamentais.

No nosso sistema jurídico ressalta no seu art. 5º, caput, os direitos das pessoas nascidas ou que está para nascer que: “ Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantido-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes o país a inviolabilidade do direito á vida, á liberdade, á igualdade, á segurança e á propriedade.”

Nesse mesmo sentido o Código Civil no seu artigo 2º fala que: " A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro"

O Estatuto da Criança e do Adolescente também reforça e garante o direito do nascituro no seu artigo 7º, estabelecendo: " A criança e o adolescente têm direito a proteção á vida e á saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência".

Entretanto os direitos do nascituro são fundamentais devem ser assegurados pelo Estado a partir da concepção, e por consequência natural a sua mãe, em seu estado e para garantir que o nascituro venha ao mundo na mais perfeita saúde.

Ao nascituro é cabível o direito de alimentos, pois desde a sua concepção já é uma pessoa, com sentimentos e necessidades.

A lei 11.804, de 5 de novembro de 2008, diz a respeito do direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências:

art 1º Esta Lei disciplina o direito de alimentos da mulher gestante e a forma como será exercido.

Art 2º Os alimentos de que trata esta lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamento e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes.

Parágrafo único. Os alimentos de que se trata este artigo referem-se à parte das despesas que deverá ser custeada pelo futuro pai, considerando-se a contribuição que também e verá ser dada pela mulher grávida, na proporção dos recursos de ambos.

Art 6º Convencido da existência de indícios da paternidade, o juiz fixará alimentos gravídicos que perdurarão até o nascimento da criança, sopesando as necessidades da parte ré.

Esta lei é clara ao referir sobre alimentos ao nascituro o qual tem esse direito, pois o suposto pai é obrigado a pagar alimentos ao feto para garantir a sua vinda ao mundo com mais perfeita paz, saúde e qualidade de vida.

Salienta-se que, se o suposto pai pagou os alimentos gravídicos e após o nascimento provar que o mesmo não é o pai é impossível a restituição. Tal medida do legislador mostra a preocupação que o mesmo teve ao defender os direitos do nascituro.

III – Do Dever da Assistência Afetiva

3.1 – Relação Pai e Filhos Direitos e Obrigações

Nessa relação tanto o pai como o filho tem responsabilidades mútuas caso do pai sabemos que tem cuidar zelar dar educação sustentar, pagar pensão ao seu filho. Essa obrigação também tem sentido inverso, pois para o filho sugira o dever de ajudar e amparar seus pais na velhice.

Pais que passaram boa parte da vida criando e sustentando seus filhos, de poderem, em momento de necessidade, pedir pensão aos filhos não só pedir, como ter este direito, garantido pela lei.

É por isso que se localizam no núcleo familiar os alimentos, sob a forma de obrigação ou dever, onde o vínculo de solidariedade é mais intenso e o dever é recíproca de assistência.

Portanto, o prestador de alimentos em conformidade com a lei civil, são os parentes na linha ascendente (pais) e descendente (filhos e netos) e os irmãos, os indicados na lei civil são igualmente responsáveis pelo dever de alimentar, facultando ao idoso eleger quem acionar ao cumprimento dessa obrigação legal.

Essa espécie de responsabilidade, portanto, relaciona-se intimamente com o exercício do poder familiar que impõem ao seu titular obrigações.

Essa relação de pais e filhos tem valor moral de dignidade, respeito e acima de tudo devem prevalecer como elementos de constituição de uma família estruturada. Tânia da Silva Pereira (2004. p. 648) enfatiza " a família constrói sua realidade através da história compartilhada de

seus membros e caberá ao direito, diante de novas realidades, criar mecanismo de proteção legal".

Assim, a família no âmbito dos direitos e obrigações constitui-se como instituição imprescritível nas relações entre pais e filhos

3.2 – Reconhecimento de Paternidade (DNA)

O pai não reconhece voluntariamente o filho, só resta a ação judicial de investigação de paternidade para reconhecer o filho.

Como será que este filho vai reagir sabendo que seu pai tem dúvida se é realmente seu filho que só será aceito pelo simples exame de sangue DNA onde fica o amor paterno através de um exame, como ninguém pode obrigar a outra dar afeto, pelo menos a justiça deverá aplicar uma sanção. Para Rodrigo Da Cunha Pereira (2008) diz que :

"...Como não é possível obrigar ninguém a dar afeto, a única sanção possível é a reparatoria. Não estabelece tal sanção aos pais significa premiar a irresponsabilidade e o abandono paterno."

A importância do afeto foi destacada por João Baptista Villele (1980, P.45) que considera: "... a paternidade reside antes no serviço e no amor do que na proteção.

Também é possível, que o próprio pai promova a investigação de paternidade em relação ao seu filho, quando desejar declarar a paternidade, mas é raro neste caso.

3.3 – Presunção de Responsabilidade

São responsabilidades dos pais pelos atos danosos de seus filhos menores, na qual consagra o princípio da isonomia, igualou o pai e a mãe nas imperativas funções de chefe de família.

O princípio da isonomia igualou pai e mãe na função do chefe de família os quais são responsáveis pelos seus atos danosos de seus filhos o artigo 932 do código civil é cristalino ao contemplar que: 'São também responsáveis pela reparação civil': I - Os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia.

Isso mostra que não importa como o filho "menor" provocou o dano, pois de qualquer forma a responsabilidade sempre será dos pais ou de quem exercer o poder de família.

3.4 – Proteção dos Filhos e a Convivência Familiar

A Família é considerada uma instituição social imprescindível, com fundamento social é a base na sociedade, a convivência familiar é a mais importante para a proteção integral da criança e do adolescente no nosso ordenamento jurídico estão introduzidos no artigo 227 da Constituição Federal de 1988, ao relacionar o direito a convivência familiar é uns dos direitos fundamentais das crianças e do adolescente serem prioridade a família.

No nosso sistema constitucional, é valorizado a preservação da convivência familiar, só haverá no ultimo caso a institucionalizados a criança e o adolescente quando a família natural não tiver condições. Com isso teremos uma da Constituição Federal de 1988, ao relacionar o direito a convivência familiar é uns dos direitos fundamentais das crianças e do adolescentes serem prioridade a família.

Tanto na Constituição Federal como no Estatuto da Criança e do Adolescente não absolutizam a família natural como única forma de assegurar a criança e o adolescente o direito a convivência familiar.

Entretanto o poder de família passou a ser múnus de interesses social para os pais, por isso a possibilidade de intervenção preventiva ou de seu rompimento, quando a família se tornar insuportável para a boa formação dos seus filhos.

3.5 – Descumprimento do Dever de Convivência

O abandono materno ou paterno é o maior sofrimento a um filho, no entanto não se pode obrigar um pai ou uma mãe a amar um filho, mas na nossa carta magna é garantido que é um dever a convivência familiar, sendo assim uma obrigação, não cumprida deveria o estado aplicar uma sanção, aplicando o direito a indenização as casos que já está sendo aplicados.

Aquele que abandonou seu filho uma vez reconhecido sua ofensa sua integridade física e psíquica, na análise do mérito, a dignidade da pessoa, tem um valor assegurado, pela Constituição Federal há de ser reconhecida e respeitada.

O art.5º inciso XIXVII, DA Constituição Federal 1988 trata do descumprimento do dever de alimentar em relação aos pais com os filhos que tem sanção, mas o presente artigo será analise do descumprimento da convivência familiar e suas conseqüência e não o dever de alimentar.

O Dicionário Aurélio traz o que é convivência "é o ato ou efeito de conviver; familiaridade; relação íntima; trato diário, já a definição de conviver é " viver em comum, ter Familiaridade. A convivência pode ficar de forma não satisfatória de atitudes inadequadas no relacionamento social, são inúmeras situações que podem levar a crianças ter um distúrbio emocional exemplo o abandono afetivo dos pais dentre outras.

3.6 - Afeto

Segundo o Dicionário Aurélio afeto diz respeito: Afeição, Simpatia, Amizade, Amor, Sentimento, Paixão. Objeto de afeição Psicológica. O elemento básico da afetividade.

Neste âmbito o conceito de afeto está intimamente ligado a psicologia e juridicamente aos princípios e direitos de personalidades como veremos a seguir:

3.6.1 - Afeto e a Psicanálise

Entendemos ser necessário, antes de darmos continuidade ao presente texto, fazer um breve comentário sobre o afeto do ponto de vista da psicanálise, salientamos que para essa ciência há diversas teorias, vejamos:

"o afeto será organizado por meio da evolução da libido que ocorrerá nas etapas da vida humana que Freud denominou como: oral, anal, fálica, período de latência e genital." (Luiz Alfredo Garcia-Rosa, 2005, p. 104).

O afeto conforme Winnicott (2005, p. 17), é o meio pelo qual nos tornamos pessoa em virtude da relação com outra pessoa.

Ainda, segundo Melanie Klein, o afeto é considerado como: "núcleos internos atribuidores de significado às vivências e às relações enquanto estas estão ocorrendo." (2008, p. 7)

Dessa forma, em conformidade com a psicanálise, o afeto é compreendido como algo subjetivo inerente a condição humana, a ele se atribui o próprio significado e até mesmo o sentido à existência enquanto ser, ele é considerado o alicerce do psiquismo construído por meio das relações com os demais indivíduos.

3.6.2 - Afeto e o Direito de Personalidade

É importante compreendermos o afeto enquanto direito de personalidade, ressalta-se que esse direito não é explícito no Código Civil, mas sim implícito. Portanto, faz-se salutar entendemos como os doutrinadores conceituam o direito de personalidade.

Silvio Rodrigues (2003, p.61), entende o direito de personalidade como "aqueles que fazem parte da pessoa humana, e como tal, estão ligados de forma eterna e constante, não sendo possível existir um indivíduo que não tenha direito à vida, à liberdade e àquilo que ele crê ser sua honra."

Para o doutrinador Goffredo Telles Junior (1979, p. 316): "Os direitos da personalidade são direitos subjetivos de primeiro grau, direitos comuns de existência, porque são simplesmente permissões, dadas a cada pessoa, de defender um bem que a natureza lhe deu, de maneira primordial e direta, sem mediação de normas jurídicas: o bem de existir como pessoa. O bem de ser indivíduo racional e autônomo."

No entendimento de Carlos Roberto Gonçalves (2003, p. 153), "os direitos da personalidade são prerrogativas individuais, inerentes à pessoa humana, que foram reconhecidas pela doutrina e pelo ordenamento jurídico, e também são direitos inalienáveis que merecem a proteção legal."

Para Sílvio de Salvo Venosa (2004, p. 149), "há direitos que afetam diretamente a personalidade, que não possuem conteúdo econômico direto e imediato. A personalidade não é exatamente um direito; é um conceito básico sobre o qual se apóiam os direitos."

Ele complementa sua conceituação concluindo: "os direitos da personalidade são os que resguardam a dignidade humana." (VENOSA, 2004, p. 151)

O Código Civil dispõe no artigo 11 que "os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis," conforme se depreende da leitura do dispositivo legal que passamos a transcrever in verbis: "Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária."

Para Diniz, (2004, p. 120), os direitos da personalidade "são intransmissíveis, visto não poderem ser transferidos à esfera jurídica de outrem. Nascem e se extinguem com o seu titular, por serem dele inseparáveis." No que diz respeito aos direitos da personalidade serem irrenunciáveis, de acordo com a autora (2004, p. 120), significa que "são insuscetíveis de disposição."

No entendimento de Carlos Roberto Gonçalves (2003, p. 156): "Não podem os seus titulares deles dispor, transmitindo-os a terceiros, pois nascem e se extinguem com eles, dos quais são inseparáveis."

Assim, como foi demonstrado pelos ilustres doutrinadores, entende-se o direito da personalidade como inerentes ao ser humano, fazendo parte do direito subjetivo. Dessa forma, se entendemos que o afeto também é um aspecto inerente a humanidade conseqüentemente ele pode ser entendido como direito da personalidade, direito este que encontra-se protegido no Código Civil em seu artigo 11.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em uma decisão do ano de 2004, entendeu que o princípio da afetividade estrutura os direitos da personalidade, vejamos:

EMENTA - INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS - RELAÇÃO PATERNO-FILIAL - PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE - A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno (dano - art.186), que o privou do direito à convivência, ao

amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável (responsabilidade civil subjetiva - art. 927), com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana. (Apelação Cível 2.0000.00.408550-5/000(1), da Sétima Câmara Cível. TJ/MG. Relator Des. Unias Silva. DJ 29 abr. 2004)

3.6.3 – Afeto como Princípio Jurídico

O afeto enquanto princípio jurídico tem encontrado espaço no mundo jurídico, a jurisprudência e a doutrina tem alargado o campo e dado grande importância ao tema. A seguir, destacaremos alguns doutrinadores.

Já na visão de Paulo Lôbo (2008, p. 48), "o princípio da afetividade está implícito na Constituição. Nela encontram-se fundamentos essenciais do princípio da afetividade". Por tratar-se de "escolha afetiva", passou a adoção a receber igualdade de tratamento no que se refere a direitos, como se observa na leitura dos parágrafos quinto e sexto do artigo 227 do texto constitucional, da mesma forma que o parágrafo quarto do mesmo dispositivo legal prevê a proteção da "comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes", garantindo a dignidade da família, tendo em vista que "a convivência familiar (e não a origem biológica) é prioridade absoluta assegurada à criança e ao adolescente" de acordo com o caput, in verbis:

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. [...]

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

§ 5º - A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Este mesmo doutrinador diz ainda Paulo Lôbo (2008, p. 48) que "a afetividade, como princípio jurídico, não se confunde com o afeto, como fato psicológico ou anímico, porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações.". Ele continua: "assim, a afetividade é um dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles." Desta forma, ele conclui: "Por isso, sem qualquer contradição, podemos referir a dever jurídico de afetividade oponível a pais e filhos e aos parentes entre si, em caráter

permanente, independentemente dos sentimentos que nutram entre si, e aos cônjuges e companheiros enquanto perdurar a convivência."

Na concepção de Maria Berenice Dias (2007, p. 68), o afeto merece destaque como princípio jurídico, pois "o novo olhar sobre a sexualidade valorizou os vínculos conjugais, sustentando-se no amor e no afeto. Na esteira dessa evolução, o direito das famílias instalou uma nova ordem jurídica para a família, atribuindo valor jurídico ao afeto."

No entendimento de Sérgio Rezende de Barros (2002):

"A liberdade de afeiçoar-se um a outro é muito semelhante à liberdade de contratar um com outro. Daí, não raro, confundir-se afeição com contrato, ensejando a patrimonialização contratual do afeto. Não se deve reduzir o afeto ao contrato, para o fim imediato e ora até exclusivo de retirar dessa redução e impor às 'partes contratantes' efeitos patrimoniais, às vezes nem sequer desejados por ambas. Mas a analogia entre afeição e contrato serve para um fim justo: mostrar que, como a liberdade de contratar, também a liberdade de afeto é um direito individual implícito na Constituição brasileira de 1988, cujo § 2º do art. 5º não exclui direitos que, mesmo não declarados, decorram do regime e dos princípios por ela adotados. É o que ocorre com a liberdade de contrato e a liberdade de afeto."

Na visão de Pereira, (2006, p. 182), vive-se "uma era de despatrimonialização do Direito Civil", ou seja, "o foco passou a ser a pessoa, em vez do patrimônio." Sendo assim, para ele "a família é o lugar privilegiado da realização da pessoa, pois é nela que o ser humano vive suas primeiras experiências, seu desenvolvimento pessoal, para mais tarde se reportar às relações sociais."

A lição de Fachin, (2003, p. 317-318) traça uma perspectiva da família e a importância do afeto para a realização pessoal do indivíduo:

"Na transformação da família e de seu Direito, o transcurso apanha uma 'comunidade de sangue' e celebra, ao final deste século, a possibilidade de uma 'comunidade de afeto'. Novos modos de definir o próprio Direito de Família. Direito esse não imune à família como refúgio afetivo, centro de intercâmbio pessoal e emanados da felicidade possível [...]. Comunhão que valoriza o afeto, afeição que recoloca novo sangue para correr nas veias do renovado parentesco, informado pela substância de sua própria razão de ser e não apenas pelos vínculos formais ou consanguíneos. Tolerância que compreende o convívio de identidades, espectro cultural, sem supremacia desmedida, sem diferenças discriminatórias, sem aniquilamentos. Tolerância que supõe possibilidade e limites. Um tripé que, feito desenho, pode-se mostrar apto a abrir portas e escancarar novas questões. Eis, então, o direito ao refúgio afetivo."

O reconhecimento do valor jurídico do afeto permite admitir efetivamente seus efeitos sobre a

legislação civil conforme Maria Berenice Dias (2007, p. 68):

a) ao estabelecer a comunhão plena de vida no casamento (CC, art. 1.511);

Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges

b) quando admite outra origem à filiação além do parentesco natural e civil (CC, art. 1.593);

Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem.

c) na consagração da igualdade na filiação (CC, art. 1.596);

Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

d) ao fixar a irrevogabilidade da filiação (CC, art. 1.604);

Art. 1.604. Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro.

e) quando trata do casamento e dissolução (CC, arts. 1511 e seguintes; 1571 e seguintes), fala antes das questões pessoais do que dos seus aspectos patrimoniais.

Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

Art. 1.512. O casamento é civil e gratuita a sua celebração.

Parágrafo único. A habilitação para o casamento, o registro e a primeira certidão serão isentos de selos, emolumentos e custas, para as pessoas cuja pobreza for declarada, sob as penas da lei.

Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.

Art. 1.514. O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados.

Art. 1.515. O casamento religioso, que atender às exigências da lei para a validade do casamento civil, equipara-se a este, desde que registrado no registro próprio, produzindo efeitos a partir da data de sua celebração.

Art. 1.516. O registro do casamento religioso submete-se aos mesmos requisitos exigidos para o casamento civil.

§ 1º O registro civil do casamento religioso deverá ser promovido dentro de noventa dias de sua realização, mediante comunicação do celebrante ao ofício competente, ou por iniciativa de qualquer interessado, desde que haja sido homologada previamente a habilitação regulada neste Código. Após o referido prazo, o registro dependerá de nova habilitação.

§ 2º O casamento religioso, celebrado sem as formalidades exigidas neste Código, terá efeitos civis se, a requerimento do casal, for registrado, a qualquer tempo, no registro civil, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente e observado o prazo do art. 1.532.

§ 3º Será nulo o registro civil do casamento religioso se, antes dele, qualquer dos consorciados houver contraído com outrem casamento civil.

Art. 1.571. A sociedade conjugal termina:

I - pela morte de um dos cônjuges;

II - pela nulidade ou anulação do casamento;

III - pela separação judicial;

IV - pelo divórcio.

O afeto também mereceu uma atenção especial na Lei Maria da Penha (Lei nº. 11.340/06) a qual trata da Violência contra a mulher, o tema está inserido no artigo 5º, III, vejamos: "em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação."

De todo o exposto, o que se observa é que, independentemente de toda vedação que se tem com referência à discriminação na filiação, bem como através da elevação da afetividade à categoria de princípio jurídico, o que se tem, ainda hoje, é um flagrante desrespeito a estes preceitos. Isto reside no fato de que na conjuntura do atual Estado Democrático de Direito, existem ainda aplicadores arraigados a formalismos, à aplicação literal da lei, esquecendo-se estes de que, continuando assim a agir, o princípio da dignidade da pessoa humana não passará de bela expressão normativa, sem aplicação prática alguma, tornando-se, desta forma, um fim em si mesmo.

Torna-se imperioso afirmar que a aplicação do Direito deve se dar de maneira construtiva, desprendendo-se das amarras das formas e da burocracia, que acabam por gerar um retrocesso social.

3.6.4 - Falta do Afeto

A falta de afeto ou o chamado abandono afetivo é hoje um conceito novo que faz menção à ausência de afeto entre pais e filhos. Essa ausência busca ser amenizada por intermédio da justiça que visa tentar reparar ou ao menos diminuir os danos causados pela falta deste.

Para Paulo Lôbo (2008, p. 283), "o alcance do princípio jurídico da afetividade e a natureza laica, isto é, a separação da Igreja e do Estado de Direito, é de que não se pode obrigar o amor ou afeto às pessoas."

Não poderíamos deixar de observar o primeiro caso levado à Justiça foi em Minas Gerais em 2005, em que o autor ingressou com ação de indenização por abandono afetivo contra seu pai. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais acolheu a apelação, mas o STJ rejeitou e entendeu que a indenização por "abandono afetivo ser incapaz de reparação pecuniária." Passamos a transcrever a ementa da decisão:

3.6.5 - Responsabilidade Civil. Abandono Moral. Reparação. Danos Morais.

Impossibilidade

1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária.

2. Recurso especial conhecido e provido [...].

Ainda outro questionamento deve ser enfrentado. O pai, após condenado a indenizar o filho por não lhe ter atendido às necessidades de afeto, encontrará ambiente para reconstruir o relacionamento ou, ao contrário, se verá definitivamente afastado daquele pela barreira erguida durante o processo litigioso?

Quem sabe admitindo a indenização por abandono moral não estaremos enterrando em

definitivo a possibilidade de um pai, seja no presente, seja perto da velhice, buscar o amparo do amor dos filhos [...]. (REsp 757.411-MG, da Quarta Turma. STJ. Relator Ministro Fernando Gonçalves. DJ 27 mar. 2006)

Segundo a fundamentação do Ministro Relator Fernando Gonçalves acredita que a intervenção do Judiciário pode dificultar a aproximação afetiva do pai junto ao filho no presente ou no futuro.

Novamente recorrendo a Lobo, (2008, p. 284) tem se posicionado favorável à indenização por abandono afetivo. Segundo ele, "o artigo 226 da Constituição não se resume ao cumprimento do dever de assistência material. Abrange também a assistência moral, que é dever jurídico cujo descumprimento pode levar à pretensão indenizatória." Assim, continua ele "o abandono afetivo nada mais é que inadimplemento dos deveres jurídicos de paternidade." Dessa forma, se Lobo trata a falta de afeto como inadimplência, está pode e deve ser cobrada pelo credor, que no caso em tela, é o filho.

Outros doutrinadores também tem se posicionado no mesmo sentido de Lobo, vejamos:

Amaral, (2008) é favorável a indenização por abandono afetivo, e fundamenta que "é uma maneira de ensinar, que as relações afetivas e familiares geram direitos e deveres para as pessoas nelas envolvidas e que essas relações têm que ser alvo de intensos cuidados."

Segundo Rodrigo da Cunha Pereira (2008): "[...] como não é possível obrigar ninguém a dar afeto, a única sanção possível é a reparatória. Não estabelecer tal sanção aos pais significa premiar a irresponsabilidade e o abandono paterno."

Maria Berenice Dias (2007, p. 409) também se posiciona a favor à indenização por dano afetivo e destaca: "a indenização por dano afetivo poderá converter-se em instrumento de extrema relevância e importância para a configuração de um direito das famílias mais de acordo com a atualidade, podendo desempenhar papel pedagógico no seio das relações familiares."

Como se pode verificar, o abandono afetivo é um fato controvertido e merece ser abordado e questionado visando à compreensão de que a complexidade das relações humanas hoje, busca no âmbito jurídico a solução para os conflitos e desentendimentos. Desta forma, o direito civil na atualidade vem passando por grandes transformações paradigmáticas.

Conclusão

Atualmente o poder judiciário encontra como grande desafio a delicada questão de cobrar o dever de assistência afetiva aos filhos de pais separados, assim como a conseqüente indenização daqueles que foram moralmente abandonados.

Segundo o novo Código Civil, a responsabilidade pela criação e assistência dos filhos deve ser compartilhada pelos pais independentemente da relação que estes mantêm. Isso porque a lei estabelece que os filhos, havidos na relação fora ou dentro do casamento ou por adoção, terão os mesmos direitos e obrigações não podendo sofrer nem uma forma de discriminação dentro da entidade familiar.

É preciso enfatizar que a entidade familiar é definida pela lei como a comunidade formada por qualquer um dos pais e seus descendentes.

No caso de pais separados, acredita-se que a efetiva responsabilidade só poderia ocorrer com o exercício da guarda compartilhada, opção esta que evitaria o distanciamento dos filhos em relação aos genitores de modo a impedir que aqueles sejam privados do afeto que tem direito de receber tanto da mãe quanto do pai.

A família é a primeira célula social que compõe a estrutura da criança tendo o dever de zelar pelos seus direitos, com o objetivo de formar um cidadão capaz de exercer suas funções e realizar-se dentro de suas capacidades.

Neste sentido, são pertinentes algumas decisões que surgiram condenando pais que, mesmo tendo prestado assistência alimentar, ausentaram-se da obrigação moral de seus filhos na medida em que não se fizeram presentes ao longo do processo de desenvolvimento da criança.

Há grande divergência entre os juristas a respeito da previsão de obrigatoriedade dos pais em sentir afeto pelo filho, já que seria impossível constatar tanto o grau como a permanência dos vínculos sentimentais.

Contudo, vários doutrinadores afirmam que a afetividade é um dever dos pais, pois a presença afetiva destes é fundamental para a formação de um cidadão pleno de seus anseios e projetos de vida.

Ademais, é necessário considerar a importância da afetividade para a realização pessoal do indivíduo não apenas no período de suas primeiras experiências, mas também nas suas futuras relações sociais.

Desse modo, verifica-se que a questão do direito afetivo é muito complexa e ainda que a lei se aplique, é preciso analisar cada situação em sua particularidade. Na maioria das vezes, as separações de casais ocorrem em um universo marcado por disputas e vinganças impossibilitando o poder judiciário saber se realmente houve abandono afetivo ou se os filhos estão sendo usados apenas para prejudicar a outra parte.

Diante dessa circunstância, o judiciário deve saber discernir uma ação movida somente por vingança pessoal e a real necessidade de punir a falta de assistência afetiva ao filho de pais separados.

Apenas no momento em que ficar constatado em provas e perícia judicial que o projeto daquela criança foi prejudicado pelo descaso intencional, do pai ou da mãe, de sua criação e desenvolvimento, configurando danos psicológicos, é que cabe ação de indenização ao filho lesado moral e afetivamente.

Contudo, é preciso refletir se o pai condenado a indenizar o filho por não lhe atender às necessidades de afeto encontrará algum modo para reconstruir o relacionamento ou se o processo litigioso será um obstáculo a mais para o afastamento das partes envolvidas.

Para finalizar, torna-se imprescindível afirmar que a aplicação do Direito deve seguir o método construtivo no intuito de se desprender das amarras da burocracia que acabam gerando o retrocesso social e, conseqüentemente, ferem o princípio da dignidade da pessoa humana.

Referência Bibliografia

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de: **As Relações entre cônjuges e companheiros no Novo Código Civil**; Temas & Idéias Editora Rio de Janeiro ano 2.004.

AMARAL, Sylvia Maria Mendonça do. **Humanização do Direito: Monetizar as relações não é impor preço ao afeto**. Revista Consultor Jurídico.

BARROS, Sérgio Resende de. **O Direito ao afeto**. Del Rey Revista Jurídica, Belo Horizonte: Del Rey, ano IV, n. 8, maio 2002. Disponível em: . Acesso em: 26 maio 2009.

CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos**. 2. ed.São Paulo: Revista dos Tribunais 1993.

DIAS, Maria Berenice. **A estatização do afeto**. Belo Horizonte, IBDFAM, 2002

_____. **Família, Ética e Afeto**. Belo Horizonte, IBDFAM, 2004

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro** 17.ed.São Paulo. Saraiva, 2002.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, 1º volume: Teoria Geral do Direito Civil. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos à luz do novo Código Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GARCIA-ROZA, Luiz Alfredo. **FREUD e o inconsciente**. 21. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: volume 1: parte geral. São Paulo Saraiva, 2003.

_____ **Direito de Família** – 8 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002. Vol. 2.

LÔBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. **GUARDA COMPARTILHADA. UMA SOLUÇÃO POSSÍVEL**. Revista Literária do Direito, ano 2, n9, p.19, 1996.

NICK, SÉRGIO EDUARDO, **Guarda Compartilhada: um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados. Monografia (Trabalho de conclusão de Curso "Direito Especial da Criança e do Adolescente")**. Departamento de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universalidade Estadual do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro 1996.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Nem só de pão vive o homem: responsabilidade civil por abandono afetivo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Família Possíveis: Novos paradigmas na convivência familiar, In: Pereira, Rodrigo da Cunha. Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROUDINESCO, Elizabeth. **A Família em Desordem**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003. (<http://psicanalisekleiniana.vilabol.uol.com.br/>)

TELLES JUNIOR, Goffredo. **Direito Subjetivo. In: LIMONGI, Rubens Limongi (Coord.)**. Enciclopédia Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, v. 28, p. 298-330, 1979.

VENOSA, Silvio de Sálvio Direito Civil: **Direito da Família** 2.ed.São Paulo. Editora Atlas S.A. 2002 vol 6.

_____ **Direito Civil: Parte Geral**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. v. 1.

VILLELA, João Baptista. **Desbiologização da paternidade**. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 271, p. 45-50, 1980.

Fontes:

BRASIL. Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília DF: Senado, 1988.

BRASIL. Código Civil. São Paulo, Manole. 2006

Estatuto da Criança e do Adolescente. Imprensa Oficial. 2000

Vade Mecum. São Paulo. 5 ed. Saraiva. 2008