



MBD
Nº 70008079154
2004/CÍVEL

ALIMENTOS. OBRIGAÇÃO AVOENGA.

Demonstrada a impossibilidade de compelir o genitor a arcar com a integralidade do *quantum* alimentar a que está obrigado, cabível buscar complementação junto aos avós paternos. Inteligência dos arts. 1.696 e 1.698 do Código Civil.

EMBARGOS ACOLHIDOS, POR MAIORIA.

EMBARGOS INFRINGENTES

QUARTO GRUPO CÍVEL

Nº 70008079154

COMARCA DE TRAMANDAÍ

T.J.B.F., Menor representada por sua mãe, T.B.,

O.M.F.,

EMBARGANTE;
EMBARGADO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes do Quarto Grupo Cível do Tribunal de Justiça do Estado, por maioria, acolher os embargos infringentes, vencidos os Desembargadores Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves e Antonio Carlos Stangler Pereira.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além da signatária, os eminentes Senhores Desembargadores **ANTONIO CARLOS STANGLER PEREIRA (PRESIDENTE)**, **JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS**, **SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES** E **NAELE OCHOA PIAZZETA**.

Porto Alegre, 16 de abril de 2004.

DES.ª MARIA BERENICE DIAS,

Relatora.

RELATÓRIO

DES.ª MARIA BERENICE DIAS (RELATORA) -

Trata-se de embargos infringentes interpostos por T. J. B. F., representada pela mãe, T. B., nos autos da ação de alimentos que move contra o avô paterno, O. M. F., uma vez que inconformada com o acórdão da 8ª Câmara Cível (fls. 271/283), que reformou, por maioria, a sentença de primeiro grau, para julgar improcedente a demanda e exonerar o embargado do dever alimentar, vencido o Des. Rui Portanova.



MBD

Nº 70008079154

2004/CÍVEL

Sustenta a embargante (fls. 288/295), em síntese, ter movido pleito executório contra o genitor, devedor de importância superior a R\$ 15.000,00, não tendo obtido êxito. Argumenta que os alimentos, a serem prestados pelo pai, foram fixados em um salário mínimo mensal e não vêm sendo devidamente adimplidos. Aduz, ainda, possuir o recorrido, seu avô paterno, condições de arcar com pensão. Alega ter ocorrido elevação em suas necessidades, pois sofre com deficiência visual e necessita de aparelho ortodôntico. Refere que a genitora trabalha cuidando de casas de veraneio e fazendo faxinas. Sustenta que, não possuindo o pai condições de arcar com alimentos, em face de não possuir emprego fixo, cabível o direcionamento da ação contra o avô paterno. Argumenta serem os avós maternos pessoas de poucas condições financeiras, não possuindo recursos para suportar o pagamento de pensão. Requer o provimento do recurso, firmando-se o entendimento nos termos do voto divergente.

Em contra-razões (fls. 298/299), o embargado alega que a obrigação de complementar os alimentos devidos pelo pai é dos avós paternos e maternos. Sustenta ser pessoa doente e possuir uma filha excepcional, não possuindo condições para pagar pensão alimentícia. Argumenta que os avós maternos dispõem de recursos para arcar com alimentos em favor da

embargante. Pugna pelo desprovimento do recurso.

O Procurador de Justiça opinou pelo conhecimento e acolhimento dos embargos (fls. 306/311).

É o relatório, que foi submetido à douda revisão.

VOTOS

DES.^a MARIA BERENICE DIAS (RELATORA) -

O art. 1.698 do Código Civil dispõe: “*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...*”. Já o art. 1.696 do CC/2002 prevê 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 na falta dos outros*”.

No entanto, parece que a posição majoritária está declamando o poema que diz: “*Ser mãe é desdobrar fibra por fibra o coração; ser mãe é padecer no paraíso*”, afrontando os precisos termos dos artigos 1.698 e 1.696 do Código Civil, que autoriza a transmissão da obrigação alimentar entre descendentes e ascendentes na falta de condições do parente mais próximo. A douda maioria está defendendo temerária causa de exclusão da obrigação alimentar, ou seja, o fato de a mãe exercer atividade remunerada dispensa o genitor e os avós paternos de qualquer encargo em relação à alimentada.

O contexto probatório demonstra que, no decorrer dos anos, o pai vem utilizando subterfúgios para deixar de arcar com os alimentos em favor da filha. Em 14/01/1997 (fl. 29), foi fixado o pensionamento, em sede de separação judicial, no valor de um salário mínimo mensal. Tendo sido a pensão fixada por acordo, e o genitor concordado com a avença, implicitamente assumiu possuir condições de arcar com o *quantum* estipulado, bem como que a filha necessita da pensão (fl. 29). Porém, ao longo de todos esses anos, o alimentante nunca cumpriu uma só prestação alimentar de forma integral, no montante ajustado.

A alimentada moveu pleito executório contra o genitor, em 12/02/1997, cobrando valores impagos desde 20/04/1996 (fls. 20/21). Em 05/06/1997, o devedor foi citado para pagar ou nomear bens à penhora (fl. 34), eis que por longo período não foi encontrado (fls. 35 v., 57). Em 29/9/97, o executado afirmou estar desempregado, alegando que “...deve



MBD

Nº 70008079154

2004/CÍVEL

ser considerado isento da obrigação de prestar alimentos, especialmente quando a mãe trabalha e ganha, porquanto a obrigação alimentar é dos pais, e não apenas do pai.” (fl. 36). Em 1999, persiste o inadimplemento, tendo o alimentante se manifestado no sentido de que “...talvez possa efetuar depósitos mensais equivalentes a um terço do salário mínimo, razão pela qual formula sua pretensão para que a autora se manifeste sobre a presente proposta, porquanto exigir o impossível é o mesmo que exigir o inexecutável” (fl. 60). O devedor refere, ainda, que “...de nada adianta querer notificar, citar, mandar prender, designar audiência para composições impossíveis” (fl. 60). Em 1998 e 1999, diversas tentativas foram efetuadas para encontrar o executado, no intuito de viabilizar o andamento da execução, tendo as diligências restado infrutíferas, pois até mesmo os familiares do devedor estavam empenhados em acobertar sua inércia (fls. 70 v. e 71 v.). Em 31/08/1999, o procurador do genitor chega ao ponto de ironizar a ação contra si movida, indicando à penhora bens inexistentes (fl. 72).

Após o ajuizamento da presente ação, e a fixação de alimentos provisórios a serem prestados pelo avô, é que o alimentante tomou a iniciativa de comparecer aos autos, para fornecer seu endereço (fl. 100), passando a depositar quantias irrisórias e esporádicas, em favor da filha (fls. 134/135, 151, 159, 160/161). Atualmente, J. C. P. F. está pagando R\$ 47,00 mensais, valor correspondente a 19,58% do valor total a que está obrigado, correspondente a

um salário mínimo mensal.

A postura do genitor evidencia, às claras, ser imperiosa a busca da obrigação complementar dos ascendentes. O princípio da subsidiariedade, que rege o ônus alimentar, visa assegurar que crianças e adolescentes não fiquem desamparados, face à irresponsabilidade dos responsáveis legais. Embora em um primeiro momento não pareça justo exigir dos avós aquilo que um pai irresponsável deixa de cumprir, acima de tudo deve se atentar à proteção da infante, cujas necessidades são presumidas e não podem esperar, sob pena de ter prejudicado seu desenvolvimento sadio. No que tange à responsabilidade dos avós, venho reiteradamente sustentando:

“O fato de a lei atribuir aos pais o poder familiar tem levado ao entendimento de que o uso da palavra pais significa cumulatividade e alternatividade, querendo dizer ambos os pais, e não qualquer deles. Com isso se está gerando uma desarrazoada solidariedade, verdadeira angularização da obrigação alimentar. Ou seja, o fato de um dos pais ter rendimentos gera a irresponsabilidade tanto do outro genitor como de seus ascendentes. Simplesmente por estar grafada no plural a identificação dos obrigados pela criação e educação da prole, vem-se interpretando que se transmite de um pai ao outro essa obrigação, só se conclamando os avós na hipótese em que nem o pai nem a mãe tiverem condições de atender à manutenção dos filhos.

Essa orientação, além de livrar a responsabilidade dos avós, sinaliza o surgimento de um perigoso antecedente: a desobrigação de um dos pais de prover o sustento do filho, se este reside com o genitor que tem meios de prover a própria subsistência. Como pela prática usual é a mãe que fica com a guarda dos filhos, está-se transferindo do homem para a mulher a obrigação de prover sozinha a família. Mais um ônus se lhe está atribuindo, de, com exclusividade, criar a prole. Se ela, além de ter o filho sob sua guarda, logra desempenhar atividade que lhe traga algum ganho, ainda que modesto, o inadimplemento do



MBD
Nº 70008079154
2004/CÍVEL

genitor transfere a ela a responsabilidade de sustento do filho. Se o pai não paga, paga pouco, paga atrasado ou paga a menor, o encargo deve ser assumido inteira e exclusivamente pela mãe. Basta ela ter algum ganho, que não necessitará mais o pai pagar alimentos ao filho, servindo de justificativa exclusivamente a alegação de que a mãe tem possibilidade de fazê-lo sozinha, fato que por si só servirá para desobrigar o genitor do encargo alimentar. Portanto, comprovando o pai que a guardiã não deixou o filho morrer de fome, isto é, vem conseguindo mantê-lo vivo, pode livrar-se da obrigação com relação ao filho comum. Libertar-se-á o pai de toda e qualquer responsabilidade. Isso tudo sem atentar em que a obrigação parental não é só de pagamento de alimentos. Há um leque de encargos que não se mensuram monetariamente. Separado o casal, o pai, na maioria dos casos, sequer divide os deveres de criação e educação, pois raramente resta com a responsabilidade, acompanha o desenvolvimento do filho ou dá-lhe alguma orientação. De forma freqüente não assume qualquer ônus, sequer exerce a obrigação de visitas. Nem na festa do Dia dos Pais ele vai...

Para essas omissões não existe qualquer seqüela, não há nenhum meio legal de coibir as omissões paternas. Agora, pelo jeito, se encontrou uma justificativa para livrar o pai inclusive da obrigação de pensionar o filho. Ainda que a lei diga que o encargo alimentar existe, está-se tirando até este elementar dever do pai e o transferindo para a mãe. O raciocínio é simplista: se ela tem condições, ele não precisa pagar alimentos, fato que isenta também seus ascendentes de cumprir obrigação imposta por lei. Mesmo que tenha o avô privilegiada situação econômica, nem assim será chamado a complementar a falta de responsabilidade do filho de prover o sustento de seu neto. Somente na hipótese de a genitora não ter nenhum recurso é que se invocará a responsabilidade subsidiária e complementar do avô. Mas se a mãe tem algum ganho, para acionar o avô será necessário que ela abandone seu trabalho ou atividade.

*Essa interpretação, além de divorciada da realidade e distante de qualquer razoabilidade, está gerando uma dose exacerbada de sacrifício a quem assumiu a sublime missão de ser mãe. Quem sabe melhor seja inserir no Código a célebre frase: Quem pariu que embale!... mas também crie, oriente, alimente, sustente e... agüente, tudo sozinha!" (in *Padecer no paraíso*, site: www.mariaberenice.com.br).*

De outro lado, a alegação do embargado, no sentido de que os avós maternos deveriam ter sido chamados à lide, em face de possuírem condições de arcar com os alimentos, não serve pra elidir sua responsabilidade. A inovação introduzida na parte final do art. 1698 do Código Civil foi nominada de desastrosa e infeliz por Francisco José Cahali:

“Não foi feliz o legislador. Aliás, desastrosa a inovação.



MBD

Nº 70008079154

2004/CÍVEL

Primeiro, faz incursão indevida no direito processual, ao prever causa específica de intervenção de terceiro no processo, e, o que é pior, sem identificar o respectivo instituto processual, requisitos e efeitos desta intervenção. Lembramos processar-se a ação de alimentos pelo rito especial, e, como tal, ser avessa a incidentes processuais desta natureza.

Segundo, contraria o espírito cada vez mais acentuado de se buscar soluções rápidas aos processos, evitando turbulências nos procedimentos, especialmente diante do caráter alimentar da pretensão” (Direito de Família e o Novo Código Civil, Coordenadores: Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira, 2ª edição, IBDFAM, Belo Horizonte, 2002, p. 198).

A possibilidade de os outros ascendentes serem chamados ao processo não enseja a formação de um litisconsórcio passivo, a ser deferido pelo magistrado, tão-somente pelo requerimento do demandado. Movid a ação contra um dos avós, para que possa ele vir a buscar a participação de outro ascendente, mister que comprove a possibilidade deste de alcançar alimentos e a ausência de sua participação no sustento do alimentando.

Aliás, nesse sentido já decidiu a 7ª Câmara Cível:

“ALIMENTOS. OBRIGAÇÃO AVOENGA. (...). LITISCONSÓRCIO. Ainda que reconhecida a obrigação complementar dos avós, movida a ação contra um deles, para que outro ascendente seja chamado à juízo, imperativa a existência de prova de sua possibilidade de alcançar alimentos e da ausência de sua participação no sustento do alimentando. Apelo provido, em parte, UNÂNIME.” (APC nº 70006825558, 7ª CC do TJRGS, Relª. Desª. Maria Berenice Dias, Santo Antônio da Patrulha, em 10/09/2003).

Para o surgimento da obrigação dos outros ascendentes, deve haver a demonstração da possibilidade dos mesmos, prova que compete a quem quer ver alargado o pólo passivo da demanda. Face ao caráter de urgência da ação, para dilatar o número de partícipes, mister a prova pré-constituída da existência de condições do ascendente e de que não está ele, de qualquer forma, auxiliando no sustento do alimentando.

No caso vertente, inexistente qualquer prova no sentido de que os avós maternos possuam condições de arcar com alimentos, sequer tendo sido produzida prova oral neste sentido. Os documentos acostados em sede de apelação (fls. 222/242), consistentes em certidões de registro de imóveis, demonstram, tão-somente, que os avós maternos são agricultores e têm como propriedade área de terras de pequena extensão (fls. 238/239).

As necessidades da alimentada, por seu turno, são evidentes. A embargante conta 11 anos de idade (fl. 09), tendo despesas presumidas, em face da fase de desenvolvimento em que se encontra. Está em idade escolar (fl. 12), precisando de material (fl. 13), transporte, saúde, alimentação, vestuário, lazer, moradia, entre outros. A genitora, por sua vez, conta 31 anos de idade (fl. 22). Ao que tudo indica, não possui qualificação profissional, pois durante o período de casada era afeita aos afazeres domésticos. Atualmente, labora primordialmente nas funções de doméstica e de faxineira (fls. 226/227), atividades que, como



MBD

Nº 70008079154

2004/CÍVEL

consabido, não proporcionam elevados ganhos. Certamente a mãe contribui para a manutenção da filha, na medida de suas possibilidades.

Assim, ainda que se queira transmitir o ônus para a mãe, antes de avocar a responsabilidade do avô, não tem ela condições de prover sozinha o sustento da filha.

O embargado, por seu turno, é servidor público aposentado, percebendo ganhos que giram em torno de R\$ 1.300,00 líquidos (fl. 90). Embora comprove não ser proprietário de imóveis na cidade de Tramandaí (fls. 129/131), não prova o pagamento de aluguel do imóvel onde reside, situado em Imbé (fl. 102). Em que pese tenha o recorrido demonstrado que, em 1998, emitiu cheques sem fundos (fls. 128/128), em contestação demonstra que os títulos foram resgatados (fl. 105).

Considerando, todavia, que a avó paterna possui problemas de saúde, que provavelmente lhe ocasionam despesas com medicamentos (fls. 111/113 e 162/163), mostra-se elevada a fixação da pensão no *quantum* estipulado na sentença das fls. 205/208, em 76,5% do mínimo nacional, devendo prevalecer o entendimento esposado no voto vencido, de lavra do Des. Rui Portanova, no sentido de estipular a pensão em 40% do salário mínimo (atualmente R\$ 96,00 mensais).

Por tais fundamentos, acolhe-se o recurso, para fixar os alimentos, a serem prestados mensalmente pelo avô paterno, em 40% do salário mínimo, mantendo-se os ônus processuais tal como postos na sentença, suspenso o pagamento em face do benefício da gratuidade.

DES. JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS (REVISOR) - Acompanhamento a eminente Relatora, com os adendos do ilustre Procurador de Justiça.

DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES - Senhor Presidente, peço vênia para divergir da eminente Relatora.

Na verdade, não se pode perder de vista que o encargo de prover o sustento da prole comum é de ambos os genitores. É primordialmente dos pais o dever de sustentar os filhos, e nisso consiste também o atributo da paternidade responsável. Se o pai não tiver condições, a mãe deve fazê-lo sozinha. Se o pai tiver condições e a mãe não, ao pai compete prover o sustento do filho. A responsabilidade dos avós é excepcional, subsidiária e pode vir a ser supletiva.

No caso em tela, estamos diante de um alimentando, o avô, que é aposentado, tem a esposa cardíaca, a filha excepcional e já está numa quadra da vida que lhe dá o direito de viver com alguma tranquilidade. Não há uma situação de absoluta carência de recursos, até porque o pai da criança informa nos autos que vem prestando auxílio. Se o auxílio é insuficiente ou se a pensão não vem sendo paga de maneira adequada, cabe à mãe, na defesa do interesse do filho, promover a cabível execução de alimentos, inclusive pedindo a prisão do pai, caso, evidentemente, não esteja cumprindo com a sua obrigação. O que não se pode é, por comodidade ou porque o avô tem uma fonte de renda segura, investir contra este, transferindo do pai para o avô o encargo de sustentar o filho.

Acho que esta é uma situação muito cômoda para a mãe e eventualmente para o pai. Não raro, vi situações de conluio: o filho está mal com os pais, faz um acordo com a ex-mulher, e pedem alimentos para o avô. É muito fácil transferir responsabilidades.

No caso dos autos, não há investigação segura, não está clara a impossibilidade do pai de prover o sustento do filho. Se a mãe é faxineira, ela tem o padrão de vida modesto, assim como a sua família. Dizemos todas as semanas, em 90% dos votos que proferimos, que os filhos fazem jus ao padrão de vida dos pais. A prevalecer o entendimento de que cabe ao avô, que tem condição melhor, colocaremos uma vírgula: o filho deve manter o padrão de vida do pai, se for bom; caso contrário, tem de ser dos avós, dos bisavós, dos



MBD

Nº 70008079154

2004/CÍVEL

tataravós e assim vai, porque a obrigação alimentar não é restrita ao segundo grau, a lei fala em ascendentes. Parece-me que isso deve ser interpretado com muita cautela, responsabilidade e cuidado, sob pena de se começar a transferir responsabilidades.

Dos elementos contidos nos autos, não há como compelir o avô a vir prestar alimentos para o neto. Esse encargo é da mãe, que tem 41 anos e trabalha como faxineira, e do pai, que também tem um trabalho modesto, mas tem condições de prover o sustento do filho. Se não o fizer, que seja responsabilizado. É preciso, primeiro, esgotar a possibilidade dos genitores para, então, se recorrer aos avós.

No caso dos autos, não há efetivamente elementos que justifiquem o chamamento dos avós para atender ao sustento do neto.

Em razão disso, estou desacolhendo os embargos na esteira do voto do Des. Trindade.

DES.ª NAELE OCHOA PIAZZETA - Acompanhamento integralmente a Des.ª Berenice.

No acórdão, às fls. 4 e 5, leio o seguinte: “Após o ajuizamento da presente ação e a fixação de alimentos provisórios a serem prestados pelo avô, é que o alimentante tomou a iniciativa de comparecer aos autos para fornecer seu endereço, passando a depositar quantias irrisórias e esporádicas em favor da filha”.

Não me parece justo responsabilizar os avós pela falta de caráter do pai. Todavia, penso que, acionado o avô, o pai virá e cumprirá a sua obrigação alimentar, razão pela qual estou em acolher os embargos.

DES. ANTONIO CARLOS STANGLER PEREIRA (PRESIDENTE) - Acompanhamento o voto do Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, porque entendo que os elementos de prova constantes nos autos não autorizam a extensão da obrigação alimentar ao avô. Os pais são os primeiros responsáveis pelo sustento dos filhos, como estabelece a constituição, e esta responsabilidade é tanto do pai quanto da mãe, conforme diz o seu 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.

No caso, esse avô enfrenta uma série de dificuldades, com a esposa cardíaca e a filha excepcional, que exigem cuidados constantes. Então, a responsabilidade desse avô, como pai também, em primeiro lugar, é com a sua prole e com a sua mulher doente. A mãe que busque os alimentos do pai ou que o execute.

Hoje é muito fácil colocar filho no mundo e depois deixar para que os avós os criem e os sustentem. Antes, isto não acontecia. Agora, há a paternidade e a maternidade irresponsáveis, em face da liberação dos costumes. E os relacionamentos sexuais que resultam em prole, geram essas situações de pedido de alimentos para os avós.

O meu voto é no sentido de desacolher os embargos.

Embargos Infringentes nº 70008079154, de Tramandaí - “Por maioria, acolheram os embargos infringentes.”

Julgador(a) de 1º Grau: DR. ALEXANDRE DE SOUZA COSTA PACHECO.