



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.211.314 - SP (2010/0163709-4)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI
RECORRENTE : J O A B E OUTROS
REPR. POR : K C O G D O E S
ADVOGADO : FÁBIO SANTOS DA SILVA
RECORRIDO : I P B
ADVOGADO : TATIANA MATHIAS

EMENTA

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. OBRIGAÇÃO ALIMENTAR AVOENGA. PRESSUPOSTOS. POSSIBILIDADES DO ALIMENTANTE. ÔNUS DA PROVA.

1. Apenas na impossibilidade de os genitores prestarem alimentos, serão os parentes mais remotos demandados, estendendo-se a obrigação alimentar, na hipótese, para os ascendentes mais próximos.
2. O desemprego do alimentante primário – genitor – ou sua falta confirmam o desamparo do alimentado e a necessidade de socorro ao ascendente de grau imediato, fatos que autorizam o ajuizamento da ação de alimentos diretamente contra este.
3. O mero inadimplemento da obrigação alimentar, por parte do genitor, sem que se demonstre sua impossibilidade de prestar os alimentos, não faculta ao alimentado pleitear alimentos diretamente aos avós.
4. Na hipótese, exige-se o prévio esgotamento dos meios processuais disponíveis para obrigar o alimentante primário a cumprir sua obrigação, inclusive com o uso da coação extrema preconizada no art. 733 do CPC.
5. Fixado pelo Tribunal de origem que a avó demonstrou, em contestação, a impossibilidade de prestar os alimentos subsidiariamente, inviável o recurso especial, no particular, pelo óbice da Súmula 7/STJ.
6. Recurso não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 15 de setembro de 2011(Data do Julgamento)

MINISTRA NANCY ANDRIGHI, Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.211.314 - SP (2010/0163709-4)

RECORRENTE : J O A B E OUTROS
REPR. POR : K C O G D O E S
ADVOGADO : FÁBIO SANTOS DA SILVA
RECORRIDO : I P B
ADVOGADO : TATIANA MATHIAS

RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso especial interposto por J.O.A.B. E OUTROS, com fundamento no art. 105, III, “a” e “c”, da CF/88, contra acórdão proferido pelo TJ/SP.

Ação: de alimentos ajuizada pelos recorrentes, em face de I.P.B. – avó paterna dos recorrentes –, pela qual buscam a prestação de alimentos ante a impossibilidade de o pai os prestar.

Decisão: deixou de fixar alimentos provisórios, apontando a não indicação dos rendimentos da recorrida.

Acórdão em agravo de instrumento: o TJ/SP negou provimento ao agravo de instrumento interposto pelos recorrentes, nos termos da seguinte ementa:

Alimentos – Ação ajuizada contra avó – Não fixação de alimentos provisórios – Legalidade, ante ausência de comprovação da impossibilidade paterna e dos baixos rendimentos da avó, agravada – Não se pode confundir não pagamento da pensão de alimentos com impossibilidade de não pagar. Um fato pode existir sem o outro, daí porque necessária a comprovação da impossibilidade paterna para se autorizar a ação contra os avós – Desnecessidade de intimação da agravada para responder ao agravo, diante do julgamento de improcedência – Ausência de prejuízo – A procuradora de Justiça haveria de ter se manifestado sobre o mérito, ante ao princípio da eventualidade, aplicável por analogia – Nulidade inexistente – Recurso improvido.

Recurso especial: alega violação dos arts. 1.694, 1.695, 1.696,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1.698, 1.701, 1.706 e 1.710 do CC-02; 13 da Lei 5.478/68; 126, 127 e 333 do CPC; 4º e 5º da Lei 8.069/90 e 4º da LICC, além de divergência jurisprudencial.

Afirma que, diante do não cumprimento da obrigação alimentar pelo pai dos recorrentes, podem os alimentados pleitear da avó a suplementação ou complementação da prestação de alimentos.

Aduz, ainda, que “(...) a obrigação dos avós não é dependente da obrigação do pai, de modo que parece equívoco o argumento de que 'necessária a comprovação da impossibilidade paterna para se autorizar a ação contra os avós'” (fl. 173, e-STJ).

Destaca, por fim, que a prova relativa à possibilidade do alimentante não deve ser produzida pelos pretendentes de alimentos, e sim pelo réu-alimentante, pois se trata de fato impeditivo da pretensão do alimentado.

Juízo prévio de admissibilidade: sem contrarrazões, o TJ/SP negou seguimento ao recurso especial (fls. 189/191, e- STJ).

Decisão: em decisão unipessoal, dei provimento ao agravo de instrumento e determinei a subida do recurso especial.

Parecer do MPF: de lavra do Subprocuradora-Geral da República Antônio Carlos Pessoa Lins, pelo não provimento do recurso especial. (fl. 211/216, e-STJ).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.211.314 - SP (2010/0163709-4)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI
RECORRENTE : J O A B E OUTROS
REPR. POR : K C O G D O E S
ADVOGADO : FÁBIO SANTOS DA SILVA
RECORRIDO : I P B
ADVOGADO : TATIANA MATHIAS

RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI

VOTO

Cinge-se a controvérsia a analisar a validade da decisão do Tribunal de origem, que manteve a decisão que indeferiu pedido de alimentos provisórios em favor dos recorrentes, que deveriam ser prestados pela recorrida, avó dos alimentandos.

De se ressaltar que o art. 1.696 do CC-02, apontado como violado no recurso especial, foi expressamente apreciado pelo Tribunal de origem e que há notória divergência jurisprudencial sobre os temas aventados no recurso especial, o que torna inócua possível discussão quanto ao prequestionamento dos demais dispositivos legais que serviram de base à insurgência recursal.

1. Dos requisitos necessários para o ajuizamento de ação de alimentos em face dos avós.

A obrigação alimentar entre ascendentes e descendentes, pela regra disposta no art. 1.696 do CC-02, está estabelecida em ordem sucessiva, em que os mais próximos, em grau, preferem aos mais distantes, na condição de alimentantes.

Sob essa ótica, apenas na impossibilidade de os genitores prestarem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

alimentos, ou mesmo na sua falta, serão os parentes mais remotos demandados, estendendo-se a obrigação alimentar, na hipótese, para os ascendentes mais próximos.

A singularidade da controvérsia aqui colocada reside na afirmação do Tribunal de origem de que:

(...) é cabível a ação de alimentos contra a avó, de forma complementar. Mas, para a fixação de alimentos provisórios desde logo é necessário que se faça prova dos ganhos da avó agravada e também da impossibilidade de o pai dos alimentantes cumprir sua obrigação pois o só fato de não estar pagando autoriza a propositura de execução de alimentos e não, desde logo, a ação de alimentos complementar. Não se pode confundir não pagamento da pensão de alimentos com impossibilidade de não pagar. Um fato pode existir sem o outro, daí porque necessária a comprovação da impossibilidade paterna para se autorizar a ação contra os avós (fl. 137, e-STJ).

Pelo excerto, nota-se que o TJ/SP fixou dois elementos como necessários para a transmigração da obrigação alimentar do devedor originário – pai – para os devedores secundários – avós: a impossibilidade do pai de cumprir a obrigação e a prova pré-constituída dos ganhos da avó.

1.1 A impossibilidade do genitor de prestar alimentos como condição para a obrigação alimentar avoenga.

É de se notar, inicialmente, que o parente de grau mais próximo não exclui, tão só pela sua existência, aquele mais distante, porém, os mais remotos somente serão demandados na incapacidade daqueles mais próximos de prestarem os alimentos devidos.

A rigidez se justifica por ser a obrigação avoenga subsidiária e complementar, não se podendo, a talante do credor de alimentos, ignorar-se o devedor primário por mero comodismo, ou mesmo cupidez daquele que busca alimentos.

Em idêntico sentido ponderam Cristiano Chaves de Farias e Nelson



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Rosenvald:

Frente ao que se expõe, é fácil perceber que a obrigação alimentar avoenga é excepcional, somente se justificando quando, efetivamente, as necessidades de quem recebe os alimentos não puderem ser atendidas, em sua inteireza, pelo devedor vestibular. Logo, a melhor condição econômica dos avós não justifica a condenação avoenga, estando submetida, efetivamente, à prova da impossibilidade do genitor de atender às necessidades do credor (Farias, Cristiano Chaves de e Rosenvald, Nelson *in*: **Direito das famílias**, 3ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pag. 804).

Desvelando a impossibilidade do genitor de prestar alimentos, é de se afirmar que essa impossibilidade só existirá na presença de condições concretas como o desemprego do alimentante-primário, sua ausência, ou mesmo sua falta, situações que, no mais das vezes, tendem a confirmar o desamparo do alimentado e a necessidade de socorro ao ascendente de grau imediato.

Reafirma-se, contudo, que as condições acima descritas devem ser cabalmente demonstradas para que se possa admitir a subversão da ordem natural da obrigação alimentar entre parentes, como bem afirma Yussef Cahali:

Não vemos óbice, porém, a que a ação seja ajuizada desde logo apenas contra o ascendente de grau sucessivo, sem que a este seja dado o direito de impor a integração na lide de todos os ascendentes de grau mais próximo.

Ocorre que, neste caso, o alimentando, preterindo desde logo a escala legal de preferência, sujeita-se, sob pena de ver desatendido o pedido, à prova plena da falta ou impossibilidade econômica dos ascendentes de grau inferior imediatos. (CAHALI, Yussef Said, *in*: **Dos alimentos**, 6ª ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pag. 480).

Situação diversa, porém, é a retratada nestes autos, pois o Tribunal de origem aponta para a falta de comprovação da impossibilidade paterna do cumprimento da obrigação alimentar (fl. 138, e-STJ) e, nessa situação, a impossibilidade da prestação alimentar não pode ser deduzida do mero inadimplemento total ou parcial da obrigação alimentar.

Para essas circunstâncias, indo além da singular cobrança, o alimentado deve esgotar todos os meios processuais disponíveis para obrigar o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

alimentante a cumprir sua obrigação, inclusive valendo-se da coação extrema preconizada no art. 733 do CPC.

Apenas com o esgotamento dos meios de cobrança sobre o devedor primário – pai –, fica caracterizada a periclitante segurança alimentar da prole, que autorizaria a busca do ascendente de grau mais remoto, em nome da sobrevivência do alimentado.

Se ocorresse essa situação, apesar de existir capacidade laboral ou, ainda, efetiva atividade remunerada do alimentante, a sua renitência em cumprir sua obrigação alimentar autorizaria o pedido de alimentos ao ascendente de grau sucessivo – *in casu*, à avó –, pois o valor contraposto, nessa circunstância – segurança alimentar dos netos –, permitiria a mitigação da ordem legal, mesmo sem a demonstração da incapacidade do pai de prover o sustento de sua prole.

Nesse sentido escorreito o posicionamento do Tribunal de origem ao afirmar que “não se pode confundir não pagamento da pensão de alimentos com impossibilidade de não pagar. Um fato pode existir sem o outro, daí porque necessária a comprovação da impossibilidade paterna para se autorizar a ação contra os avós” (fl. 138, e-STJ).

1.2. Do ônus da prova relativa à capacidade dos avós de prestarem, subsidiariamente, alimentos a seus netos.

Quanto à discussão sobre o ônus da prova em relação aos rendimentos da avó, além de inócua, ante a constatação da ausência do pressuposto essencial para o pedido de alimentos a avós – a comprovada impossibilidade do genitor de prestar alimentos a seus filhos –, também tem a apreciação impedida, na estreita via do recurso especial, pela afirmação do TJ/SP de que a recorrida demonstrou, em contestação, a impossibilidade de prestar, subsidiariamente, os alimentos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, inviabiliza a apreciação desse ponto, a vedação de revolvimento de matéria fática em recurso especial.

Forte nessas razões, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso especial.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA TURMA

Número Registro: 2010/0163709-4

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.211.314 / SP

Números Origem: 1642007

4975664001

4975664800

PAUTA: 15/09/2011

JULGADO: 15/09/2011

SEGREDO DE JUSTIÇA

Relatora

Exma. Sra. Ministra **NANCY ANDRIGHI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MASSAMI UYEDA**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOÃO PEDRO DE SABOIA BANDEIRA DE MELLO FILHO**

Secretária

Bela. **MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : J O A B E OUTROS
REPR. POR : K C O G D O E S
ADVOGADO : FÁBIO SANTOS DA SILVA
RECORRIDO : I P B
ADVOGADO : TATIANA MATHIAS

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Família - Alimentos

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. Ministra Relatora.