

RESPONSABILIDADE DOS AVÓS NA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR

RODRIGO MORAES SÁ¹

RESUMO

A família, tratada pela Lei Maior como sendo a base da sociedade, recebe proteção especial do Estado, mas carrega a cada integrante do grupo familiar o dever de solidariedade alimentar. Essa mesma carta política atribui fundamentalmente aos pais a obrigação de auxiliar, formar e educar os filhos menores, de maneira a assegurar o interesse social daquele incapaz de prover a própria subsistência por meio de seus esforços. Nesse sentido, os pais apresentam uma responsabilidade alimentar direta com relação aos filhos, até porque decorre de um senso comum natural de que aquele que gerou seus descendentes deve arcar com o seu sustento. O Código Civil, todavia, em decorrência do princípio da solidariedade, também identifica a compromisso alimentar dos parentes, que deve ser perseguido somente após a comprovação da impossibilidade dos genitores em arcarem com suas obrigações. Assim é que surge a obrigação avoenga, evidenciada pelo auxílio alimentar prestado pelos avós aos seus netos, que pode se dar diante da incapacidade laborativa dos pais, ausência ou falecimento dos mesmos. Os pais que não possuem meios e nem condições para amparar, sustentar e socorrer sua própria prole, não pode ser compelido a realizar prestação impossível. Para resolução destas situações, a lei impõe aos parentes mais próximos, no caso os avós, o múnus de ministrar o auxílio necessário capaz de servir da base para a manutenção do ser humano, decorrente que é de uma obrigação legal, não podendo ser considerada como simples graça ou ato de bondade. Neste contexto é que a questão abordada ganha contornos de grande relevância no âmbito das relações familiares, causando discussões no meio doutrinário, além de instalar verdadeiras divergências em sede dos Tribunais, motivo pelo qual a obrigação avoenga será objeto de estudo com o escopo de demonstrar os aspectos que as rodeiam.

Palavras-chave: direito de família; alimentos; responsabilidade avoenga.

¹ Procurador do Município de Diadema, Advogado militante nas áreas de Direito Civil e Penal, Articulista, Parecerista, Pós-graduado com especialização em Direito Penal e Processual Penal pela Escola Paulista de Direito, Pós-graduado com especialização em Direito Processual Civil pela Universidade Cidade de São Paulo, Pós-graduado com especialização em Direito Administrativo pela Universidade Gama Filho. E-mail: rmoraes_sa@yahoo.com.br

SUMÁRIO

1 – NOVAS PERSPECTIVAS PARA O IDOSO.....	03
2 – OS DIREITOS DO IDOSO E DA CRIANÇA E ADOLESCENTE.....	05
3 – OS DEVERES FAMILIARES DIANTE DA VELHICE.....	10
4 – RESPONSABILIDADE AVOENGA E SUA LIMITAÇÃO.....	12
CONCLUSÃO.....	26
REFERÊNCIA BIBLIOGRAFICA.....	29

1 – NOVAS PERSPECTIVAS PARA O IDOSO

No seio familiar, deve-se harmonizar a autonomia e liberdade individual com a unidade e o espírito de cooperação e irmandade. A família cumpre funções de reprodução biológica, difusão social e construção de identidade, com especial significado de proteção social, amparando seus membros em suas necessidades vitais, sobretudo os mais vulneráveis, como as crianças e os idosos.

A família enfrentou inúmeras vicissitudes, concomitantemente ao progresso global. A modificação da economia também acarretou a mudança dos direitos e obrigações do indivíduo no grupo social. Os elementos representados pelo sexo e idade, antes tidos como referências, agora foram substituídos, o que significou uma alteração de paradigma no tocante ao comportamento profissional, doméstico e educativo. A figura do homem como provedor cedeu lugar para a igualdade com o sexo oposto, dividindo a responsabilidade com relação a criação dos filhos.

O desenvolvimento das ciências e a introdução de novas técnicas de controle e extinção de doenças que até pouco tempo desafiavam os conhecimentos humanos, permitiram uma maior duração da vida carregada de certa qualidade. O crescimento da população idosa estendeu a convivência entre gerações, onde a presença dos avós se faz em números maiores atualmente, com alto grau de disposição e resistência para as coisas. Como afirma Maria Aracy Menezes da Costa (2011, p. 100):

A avozinha de ontem, com 60 (sessenta) anos de idade, de pantufas, sentada na cadeira de balanço, fazendo tricô para seus netinhos, não é mais a avó de hoje; atualmente, ela acompanha a moda, usa calça jeans, saltos altos, frequenta o cabeleireiro, e seus cabelos tem muitas cores – menos brancos. Continua dando roupas para seus netinhos, mas compradas da boutique infantil de sua preferência. Da mesma forma, o avô não ostenta mais aquela barriguinha sobressalente e uma careca, mas frequenta a academia e faz implante de cabelos. O mundo; os idosos mudaram; a longevidade trouxe ânimo e força à denominada “terceira idade”, que dá lição de juventude e jovialidade a muitos jovens precocemente envelhecidos.

Nesse contexto, o aumento da expectativa de vida trouxe enormes preocupações, já que o envelhecimento da população traz reflexos imediatos na qualidade de vida dessas pessoas, gerando discussões sobre eventuais riscos ligados à saúde e sistema previdenciário. Como é de conhecimento geral, a pessoa idosa carece de uma adequada assistência médica-hospitalar pública e de forma idêntica, não desfruta de uma aposentadoria digna, o que lhe

acarreta dificuldades de ordem socioeconômica. A situação ainda pode ser agravada com a obrigação de pensionar os netos, sendo responsabilizados como se pais fossem.

A tutela e a proteção dos direitos humanos fundamentais da pessoa idosa é alvo de diversos organismos internacionais. Nessa esteira, o resguardo do idoso encontra assento constitucional, expresso por vários dispositivos que albergam a cidadania, dignidade humana, o tratamento sem discriminação, garantia a seguridade social, amparo da família que deve assegurar sua participação na comunidade, defendendo seu bem estar e o direito à vida, entre outros.

Como base da sociedade, a família deve garantir assistência a cada um dos que a integram, merecendo especial atenção a pessoa idosa, de modo a evitar demais ônus no âmbito de suas relações. Maria Aracy Meneses da Costa (2011, p. 103) discorre sobre o comportamento adequado a ser seguido pela família:

A família exerce papel fundamental para o desenvolvimento desses fatores junto ao idoso, com inegável responsabilidade jurídica familiar ante a velhice. Além dos cuidados que os idosos merecem, através de comportamentos comissivos e que lhe são devidos por determinação constitucional, é de fundamental importância o comportamento omissivo positivo, no sentido de não tomar medidas ou atitudes que possam prejudicar os idosos, como não impor a eles desproporcional ônus alimentar pra com os netos.

Dessa forma, constitui dever não só da sociedade e Estado, mas também e principalmente da família, garantir com plena preferência, suas prerrogativas de atenção, consideração, saúde, alimentação, convivência familiar, de maneira a propiciar uma convivência do idoso com as diversas descendências, com o escopo de proteger os laços afetivos.

2– OS DIREITOS DO IDOSO E DA CRIANÇA E ADOLESCENTE

O conflito entre os direitos da criança/adolescente e o do idoso deve ser resolvido de maneira a não ofender o direito constitucional da dignidade de cada um, buscando sempre que possível um parâmetro de equilíbrio que deve servir de suporte para delimitar a obrigação alimentar dos avós.

O princípio da dignidade humana constitui um dos pilares que sustentam a Constituição Federal, abarcando dentro de seu espectro a proteção da criança e do adolescente, que necessitam de especial atenção devido a seu estado incompleto de desenvolvimento.

A Carta Magna estabeleceu um modelo *sui generis* de tutela relativo aos direitos fundamentais da criança e do adolescente através de uma particularização do sistema constitucional dos direitos do cidadão. A proteção do menor contra qualquer ato atentatório à sua dignidade está respaldado pelo artigo 227 da Lei Maior, que assim dispõe:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A regulamentação pormenorizada dos direitos desta categoria foi incumbida ao denominado Estatuto da Criança e do Adolescente, que inovou trazendo normas de conteúdo material e processual, de índole civil e penal, com fundamento no paradigma da proteção integral. Maria Berenice Dias (2013, p. 383) retrata bem esse novo cenário:

O Estatuto da Criança e do Adolescente, acompanhando a evolução das relações familiares, mudou substancialmente o instituto. Deixou de ter um sentido de dominação para tornar-se sinônimo de proteção, com mais características de deveres e obrigações dos pais para com os filhos do que de direitos em relação a eles.

Os predicados inerentes à personalidade infanto-juvenil apresentam substância diversa daquela relativa à individualidade adulta, representada pela condição de vulnerabilidade do menor em comparação a pessoa madura. Por esse motivo, o sistema especial de proteção confere uma série de direitos exclusivos, cabendo à família, sociedade e Estado a obrigação de assegurar tais direitos aos jovens, consoante dispositivo constitucional

(art. 227). Nesse sentido, Munir Cury, Jurandir Norberto Marçura e Paulo Afonso Garrido de Paula (2002, p. 19) asseveram:

O Estatuto da Criança e do Adolescente é uma consequência natural da Constituição Federal de 1988; o legislador constituinte, em seu artigo 227, “caput”, vinculou a legislação ordinária à concepção integral ao afirmar que crianças e adolescentes tem direitos que podem ser exercitados em face da família, da sociedade e do Estado.

A justificativa primordial dessa guarida diferenciada reside no fato de que os jovens não são portadores de uma composição física e psíquica completa, encontrando-se numa fase de crescimento, progresso, tanto no aspecto intelectual como também moral e social. Seu status é próprio e de elevada fragilidade e instabilidade, aonde sua potencialidade e capacidade se apresenta em nível bem menor do que a do adulto. A respeito da vulnerabilidade do menor, Nelson Nery Júnior e Martha de Toledo Machado (2002, p. 18) discorrem:

a) distingue crianças e adolescentes de outros grupos de seres humanos simplesmente diversos as noção de homo médio; b) autoriza e opera a aparente quebra do princípio da igualdade – porque são portadores de uma desigualdade inerente, intrínseca, o ordenamento confere-lhes tratamento mais abrangente como forma de equilibrar a desigualdade de fato e atingir a igualdade jurídica material e não meramente formal – por meio de processo de especificação do genérico no qual se realiza o respeito à máxima *suum quique tribuere*.

O estado vulnerável do menor não afasta a aptidão para ser sujeito de direitos, com plena capacidade para exercê-los como toda e qualquer pessoa, sem distinção nenhuma. Paulo Lucio Nogueira (1998, p. 12), expressa bem a condição de que a criança e o adolescente devem gozar:

A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais à pessoa humana, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social em condições de liberdade e dignidade.

Os idosos também são objeto de proteção constitucional especial, na medida em que ao se referir a família, a norma maior destaca capítulo específico ao reconhecer o princípio da solidariedade nas relações familiares, delegando aos pais a tarefa de auxiliar os filhos menores e estes de ampararem aqueles na velhice. Decorrente da decomposição do princípio da solidariedade, a família, a sociedade e o Estado têm a atribuição de preservar as pessoas

idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhe o direito à vida (art. 230, Constituição Federal).

Logo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, instituiu-se uma política de âmbito nacional referente ao idoso, por meio da Lei nº 8.842/94, em que buscou garantir direitos de ordem social a este grupamento, de maneira a fomentar sua autonomia, integração e participação efetiva na comunidade.

A Lei nº 10.741/03, denominada como Estatuto do Idoso, veio cristalizar de forma definitiva os direitos do idoso, relacionando diversos aspectos ligados à sua esfera jurídica, adotando o critério cronológico para identificar a pessoa que deve ser acobertada pela legislação. Na realidade, esse regulamento se apresenta sob a forma de um microssistema legislativo, notabilizando preceitos de inúmeras naturezas, de maneira a possibilitar a materialização das prerrogativas e direitos do idoso não apenas diante da família, mas em todos os campos, técnica legislativa essa adequada a nova realidade social.

O idoso se torna portador da titularidade e fruição de todos os direitos fundamentais, proporcionando-lhe as oportunidades e facilidades para salvaguardar sua saúde física e mental, seu aprimoramento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e igualdade, baseada no princípio da dignidade humana, procurando garantir, verdadeiramente, a independência do idoso (art. 2º, Estatuto do Idoso). Caracteriza-se como mais um cenário de amparo privativo, fundamentado na concepção de arrimo integral ao idoso e no princípio da igualdade material com o escopo de ofertar uma tutela diferenciada àquele que se encontra em situação própria, rodeado pela vulnerabilidade.

Essa fragilidade vai se tornando mais presente na vida do idoso na medida em que os anos se passam o que pode acabar implicando na decadência das suas funções, em virtude de fatores pessoais, ambientais, familiares e econômicos. A dependência e o estado de sujeição ao querer alheio aparecem com certa habitualidade, tornando a pessoa debilitada, sem ânimo, enfraquecida e até mesmo sem condições de entendimento. Maria Aracy Menezes da Costa (2011, p. 150) disserta sobre essa condição de desigualdade que o idoso esta sujeito, assim dizendo:

Os idosos se tornam pessoas verdadeiramente desiguais em virtude do processo e envelhecimento, cujos diferentes estágios vão alterar de maneira significativa sua situação existencial ou patrimonial. Da mesma forma que a criança e o adolescente, o idoso se encontra em situação na qual a vulnerabilidade é potencializada, mas um e outro caminham em direção oposta, sendo inversamente proporcionais a suas necessidades. A vulnerabilidade do idoso tem características próprias, pois enquanto a criança e o adolescente estão em processo de reconhecimento de sua autonomia, o

idoso necessita da força da lei para mantê-la, ante a constante ameaça de sua negação, se não a sua subtração, no confronto de sua natural e crescente fragilidade com as complexas exigências da vida.

Mas a verdade é que a senilidade apresenta-se como decorrência natural da vida e deve ser encarada como uma evolução do ser humano. Nesse sentido, Pérola Melissa V. Braga (2005, p.161), ressalta a valorização do envelhecimento:

Cabe ao Direito, portanto, reconhecer que o idoso não é um cidadão de segunda classe, mas apenas uma pessoa cronologicamente adiantada. A sociedade, conseqüentemente, precisa entender o envelhecimento de seus integrantes como uma evolução, uma vitória e não como um problema. Verifica-se que, por um lado há urgência na divulgação dos direitos do cidadão idoso para efetivação de seu exercício; por outro, impõe-se a necessidade de conscientização dos adolescentes, jovens e adultos quanto ao processo de envelhecimento, como irreversível e inexorável, iniciando-se ao nascer, atingindo a pessoa independentemente de sua condição social, econômica ou cultural.

Diante dessas enunciações, podemos constatar que da mesma forma que existe o princípio do melhor interesse da criança, há também o princípio do melhor interesse do idoso. A ordem jurídica brasileira abarca sistemas de proteção particularizados, privilegiando determinadas categorias, o que pode ocasionar aparente conflito entre bens jurídicos protegidos e assegurados com igual prioridade através de dispositivos legais distintos.

Neste caso, deverá ocorrer uma análise utilizando-se de princípios interpretativos de ordem constitucional sistematizado, tais como o princípio do efeito integrador (integração política e social), princípio da unidade da constituição (interpretação de normas como integrantes de um sistema e não isoladamente) e princípio da harmonização (coordenação dos bens jurídicos em concorrência de maneira a evitar o sacrifício total de um em detrimento do outro). Os recursos normalmente aplicados em direito para uma melhor compreensão das leis, também devem ser utilizados como a interpretação gramatical, a histórica, a lógico-sistemática e a teleológica.

Maria Aracy Menezes da Costa (2011, p. 148) faz apontamentos quanto a forma de resolução deste conflito no tocante a necessidade alimentar, assim dizendo:

Poderá, então, ocorrer aparente conflito direto entre dignidade de pessoas diversas, como o conflito entre as dignidades de quem pede os alimentos e a de quem os alcança. Torna-se, então, imperioso hierarquizar axiologicamente, mas sem que uma dignidade prevaleça sobre a outra. A interpretação sistemática do direito vem em auxílio de uma adequada, atualizada e tópica conceituação de necessidade alimentar. Como ensina Capelo de Souza, é preciso identificar e legitimar o menor de dois males.

Na realidade, a prevalência, a primazia, os privilégios decorrentes dos direitos da criança e do adolescente quando em confronto com a preferência e prerrogativas oriundas dos direitos do idoso, e vice e versa, adquirem um caráter meramente relativo, na medida em que ambas as prioridades são postas de forma absoluta. Assim, não há como estipular uma escala de modo a proceder uma medição da dignidade de cada grupo, considerando uma maior e outra menor, mas deve-se sim, cotejar o melhor interesse de cada um diante do caso concreto.

Heloisa Helena Barbosa (2009, p. 60) aduz que a isonomia de todos diante da lei, solidificou-se com tutela diferenciada das pessoas consideradas desiguais, grupamentos estes composto por consumidores, criança e adolescente, homossexuais, deficientes, idosos e outras turmas ditas minoritárias, assim consideradas como aqueles que se encontram em situação de disparidade, desproporcionalidade, independentemente da expressão numérica.

3 – OS DEVERES FAMILIARES DIANTE DA VELHICE

Maria Aracy Menezes da Costa (2011, p. 103) identifica quatro modelos de responsabilidade jurídica familiar ante o envelhecimento de seus integrantes, que apresenta como referência um modelo conceitual baseado numa obrigação de direito, quais sejam: modelo totalitário; abstencionista; paternalista; e multigeracionista.

O modelo totalitário fundamentou-se basicamente em quatro fatores: um Estado fortalecido e dominador; uma sociedade com baixa expectativa de vida e com pouquíssimas chances de ascensão social; alicerce familiar estático ordenado em torno da figura do homem adulto provedor e administrador dos bens; conceituação diminuta da velhice. O idoso era tratado como uma pessoa desprezível, cujas condições físicas e mentais levavam a porta do falecimento.

O modelo abstencionista observou e se inspirou na evolução do estado, nas mudanças ocorridas na economia e na própria organização social. Com a consolidação do capitalismo, a família tornou-se um grupo forte na estrutura financeira da sociedade, com produção e manufatura, o que acabou por afastar os idosos que se viram marginalizados diante da sua improdutividade. Por outro lado, criou-se um sistema de auxílio público, baseado no princípio da responsabilidade familiar assistencial.

O modelo paternalista acompanhou a revolução industrial que modificou profundamente as formas de organização social e institucional, além de influir diretamente na sistematização da família, onde cada integrante passou a desenvolver um papel definido dentro dessa estrutura. Os avós eram vistos como grandes ajudantes, cooperadores na criação dos netos. Políticas públicas foram implantadas procurando subsidiar a velhice, assegurando-lhes seguro social, pensões e aposentadorias.

O modelo multigeracionista surgiu numa época de inovações relativas aos modelos econômicos de produção e consumo, com uma vigorosa tendência ao envelhecimento. Retrata a situação social contemporânea. No entender de Maria Aracy Menezes da Costa (2011, p. 106) este fenômeno é caracterizado por aspectos populacionais, econômicos e culturais, assim afirmando:

Sob o ponto de vista populacional, é configurado por: a) coexistência de quatro ou três gerações de pessoas componentes de uma mesma família: bisavós, avós, pais e filhos; b) convivência de duas gerações sucessivas de pessoas envelhecidas e

vinculadas por laços de família, como filhos de sessenta anos e pais que já ultrapassaram os oitenta; c) convivência de duas gerações alternadas da família: avós e netos.

A doutrina aponta, ao menos teoricamente, que no plano econômico instaura-se um processo de dependência onde o jovem deve assumir o papel de provedor, diante de uma decadência financeira dos avós e bisavós, que se mantém com poucos recursos oriundos de magras aposentadorias.

Entretanto, no Brasil o quadro se apresenta em situação totalmente oposta, em que os descendentes procuram auxílio judicial de seus ascendentes para obter contribuição para seu sustento. Na maioria das vezes, bisavós, avós e pais se vem obrigados, às custas de privações, a sustentarem filhos e netos, mesmo contando com poucos recursos.

Como bem aponta Ivone Coelho de Souza (2009, p. 166):

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

4 – RESPONSABILIDADE AVOENGA E SUA LIMITAÇÃO

Diferentemente do que se sucede na Europa, onde eventual obrigação alimentar dos avós não decorre de lei, mas sim de uma incumbência de natureza moral, assentado no mesmo patamar que dos outros componentes da família, no Brasil a responsabilidade avoenga se apresenta de forma impositiva e expressa ante a determinação da prestação alimentícia por parte dos ascendentes.

A obrigação de sustento por parte dos pais em relação aos filhos tem raízes oriundas no casamento (artigo 1.566, IV, Código Civil) e exercício do poder familiar (artigo 1.634, I, do Código Civil), devendo prover todas as necessidades da prole.

Nesta linha de raciocínio, o artigo 1.696 do Código Civil apresenta o delineamento da obrigação avoenga, assim dispondo:

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

Resta claro a existência de uma graduação na ordem de ofertar alimentos, principiando-se pelos parentes mais próximos em grau, linha reta. Dessa forma, na ausência dos pais, o encargo transfere-se aos avós; na falta destes, a obrigação passa aos bisavós. A respeito da interpretação sobre o termo “falta”, bem assinala Yussef Said Cahali (2013, p. 467/470), considerando sinônimo de “falta” tanto a falta absoluta, originária da morte ou ausência do pai, como a impossibilidade do cumprimento da obrigação alimentícia. Entretanto, não está englobado no âmbito deste termo, quando muito embora os pais apresentem aptidão para o labor, mas não possuem desejo de auxiliar adequadamente a prole, ou seja, se os genitores tem capacidade, mas não em disponibilidade para o trabalho, escolhendo litigar contra os avós, fórmula mais simples e eficiente.

Caso a prestação alimentícia proporcionada pelos pais aos filhos não seja capaz de subsidiar o mínimo necessário para garantir seu sustento, poderão os avós serem convocados a contribuir de maneira complementar, consoante disposição do artigo 1.698, do Código Civil:

Art. 1.698. Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem

concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide.

Os parentes mais remotos somente serão chamados “uns em falta de outros”, o que faz remontar a ideia de convocação sucessiva ou subsidiária, posição essa adotada pela doutrina brasileira em que primeiramente a obrigação alimentar é recíproca entre pais e filhos e secundariamente (suplementarmente) extensiva aos demais ascendentes. Nesse sentido Yussef Said Cahali (2013, p. 677) aponta:

O avô só está obrigado a prestar alimentos ao neto se o pai deste não estiver em condições de concedê-lo, estiver incapacitado ou for falecido; assim a ação de alimentos não poderá ser promovida contra o ascendente de um grau sem a prova de que o mais próximo não pode satisfazê-la.

Para que os avós adquiram a capacidade passiva de arcarem com a obrigação alimentar em relação aos netos é imprescindível que os pais, de forma preliminar, não apresentem abastança suficiente para satisfazer o ônus, seja por carência ou qualquer outra impossibilidade. Conforme ensinamento de Maria Helena Diniz (2011, p. 612), “o alimentado não poderá, a seu bel prazer, escolher o parente que deverá prover seu sustento”.

Saliente-se que para que a obrigação recaia sobre os avós, não é necessária a presença de total falta de condições para suprir a necessidade dos filhos por parte dos pais, mesmo diante de certas possibilidades do genitor, pois assim afirma Maria Berenice Dias (2013, p. 478):

Quando ocorre a separação dos pais, os filhos geralmente ficam sob a guarda da mãe. Tanto a Constituição (CF 229) como o Código Civil (CC 1.696) reconhecem a reciprocidade da obrigação alimentar entre pais e filhos, obrigação que se estende a todos os ascendentes, recaindo sempre nos mais próximos. [...] A obrigação alimentar, primeiramente, é dos pais, e, na ausência de condições destes, transmite-se aos seus ascendentes, isto é, aos avós, que são os parentes em grau imediato mais próximo.

[...]

O avô que tem condições econômicas deve ser chamado a contribuir, quando seu filho deixar de atender à obrigação de sustento do neto. O só fato de o detentor da guarda ter algum rendimento não exclui a responsabilidade do ascendente. De todo injustificável submeter uma criança a viver limitada à acanhada disponibilidade de seus genitores quando possui avô que pode complementar a carência dos pais. É mister invocar o princípio da proporcionalidade entre os ganhos do guardião e a situação econômica do ascendente. Se o pai não estiver pagando nada ou estiver pagando pouco, cabe chamar o avô para complementar o encargo. O fato de o genitor, que tem o filho sob sua guarda, auferir alguma renda não afasta a responsabilidade dos ascendentes em alcançar-lhe alimentos.

Os Tribunais Superiores tem decidido reiteradamente no sentido da complementaridade da pensão pelos avós, até para evitar e combater a inércia ou acomodação dos pais, sempre os primeiros responsáveis:

RECURSO ESPECIAL Nº 576.152 – ES (2003.0142789-0)
 RELATOR: MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR
 RECORRENTE: J.G.O.S. – MENOR IMPÚBERE
 REPR. POR: L.G.O.
 RECORRIDO: D.M.B.S.

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE ALIMENTOS DIRIGIDA CONTRA OS AVÓS PATERNOS. AUSÊNCIA DE PRÉVIO PEDIDO EM RELAÇÃO AO PAI. RESPONSABILIDADE DOS PROGENITORES SUBSIDIÁRIA E COMPLEMENTAR. AUSÊNCIA, OUTROSSIM, DE PROVA DA POSSIBILIDADE DOS RÉUS. SÚMULA N. 7-STJ. INCIDÊNCIA. CC, ART. 397. EXEGESE. I. A exegese firmada no STJ acerca do art. 397 do Código Civil anterior é no sentido de que a responsabilidade dos avós pelo pagamento de pensão aos netos é subsidiária e complementar a dos pais, de sorte que somente respondem pelos alimentos na impossibilidade total ou parcial do pai que, no caso dos autos, não foi alvo de prévia postulação. II. Ademais, a conclusão do Tribunal de Justiça acerca da ausência de condições econômicas dos avós recai em matéria fática, cujo reexame é obstado em sede especial, ao teor da Súmula n. 7. III. Recurso especial não conhecido.

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DE FAMÍLIA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. AÇÃO DE ALIMENTOS. PEDIDO CONTRA A AVÓ. POSSIBILIDADE. INCAPACIDADE FINANCEIRA DOS PAIS. INVERSÃO DE ENTENDIMENTO. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ. 1. Não há falar em comprovação do dissídio pretoriano, na forma exigida pelos arts. 541, parágrafo único, do CPC e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ, quando ausente a similitude fática entre os acórdãos confrontados. 2. Esta Corte Superior de Justiça já consolidou o entendimento de que a responsabilidade dos avós, na prestação de alimentos, é sucessiva e complementar a dos pais, devendo ser demonstrado, à primeira, que estes não possuem meios de suprir, satisfatoriamente, a necessidade dos alimentandos. 3. Se o Tribunal de origem, com base no acervo fático e probatório dos autos, entendeu que os pais não tinham condições financeiras para sustentar os filhos, de sorte que a avó também deveria contribuir, chegar a conclusão diversa - no sentido de que não restou comprovada a incapacidade financeira dos pais -, demandaria o reexame de fatos e provas, o que é vedado na via especial, a teor da Súmula 07 do STJ. 4. Agravo regimental não provido.” (STJ, Terceira Turma, AgRg no Ag n. 1010387/SC, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS), DJE 30.06.2009).

Muito embora o caráter subsidiário da obrigação avoenga seja indiscutível, nada obsta que a ação seja dirigida pontualmente em face dos avós, havendo, é claro, a devida comprovação nos autos acerca da impossibilidade dos genitores. Nesse sentido decidem os Tribunais:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE ALIMENTOS AJUIZADA EM FACE DOS AVÓS PATERNOS - CONDIÇÕES DA AÇÃO - POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - CONFIGURAÇÃO - EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM

RESOLUÇÃO DE MÉRITO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO PROVIDO. A legislação pátria em vigor não impõe óbice ao ajuizamento de ação de alimentos em face dos avós paternos dos alimentandos, ante a insuficiência dos recursos arcados por seus genitores. A aferição da observância da comprovação de impossibilidade dos genitores, bem com da necessidade dos menores, é matéria afeta ao mérito da demanda, incapaz de conduzir à extinção do feito, sem resolução de mérito. (TJMG, 6ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1.0362.09.103595-0/001, Rel. Desa. SANDRA FONSECA, j. 23.3.2010).

Nesse contexto, a legitimidade passiva dos ascendentes mais próximos para integrar um dos polos na ação de alimentos movida pelos netos resta patente, vez que guardam responsabilidade auxiliar na manutenção destes, seja para suportar com a globalidade ou com porção das necessidades, havendo, porém, a imprescindibilidade de comprovação, total ou parcial, acerca da impraticabilidade da manutenção da prole por parte dos pais.

Caracterizada a impossibilidade dos pais em ministrar alimentos, pode-se asseverar que essa incapacidade somente deve existir diante de uma conjuntura concreta, tal como o desemprego, doença ou encarceramento do alimentante primitivo, sua ausência, enfim, situações que evidenciem e demonstrem realmente o abandono do alimentado e a inevitabilidade de assistência aos avós. Como já mencionado, a alteração da ordem natural da obrigação alimentar entre parentes somente deve ser recepcionada diante da comprovação cabal das condições acima mencionadas. Nesse sentido Yussef Said Cahali (2013, p. 480) afirma:

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.

Os Tribunais Superiores tem sido rigorosos quanto a demonstração da incapacidade dos devedores primários, que deve alcançar todos os meios disponíveis. Nesse sentido:

Para fixação dos alimentos contra os avós, 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, ou seja, a prisão civil. (REsp 1211314/ SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 15/09/2011, dje 22/09/2011).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação de alimentos. Alimentos avoengos. Decisão agravada que merece reforma genitor residente em local incerto e não sabido. Citação por edital. Cumprimento de diversas diligências frustradas a fim de localizar o genitor. Responsabilidade subsidiária dos avós necessidade presumida da agravante. Impossibilidade financeira dos agravados que deve ser melhor analisada

por ocasião da sentença de mérito. Percentual de alimentos que observam o dever alimentar dos outros avôs. Artigo 1698 do Código Civil. Recurso conhecido e parcialmente provido. (TJPR; Ag Instr 0937006-7; Londrina; Décima Segunda Câmara Cível; Relª Juíza Conv. Ângela Maria Machado Costa; DJPR 05/04/2013).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO DE ALIMENTOS. AVÓS PATERNOS. OBRIGAÇÃO SUBSIDIÁRIA. NÃO ESGOTAMENTO DOS MEIOS PARA A SATISFAÇÃO DA OBRIGAÇÃO PELO PAI. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO. 1. Quanto à condenação dos avôs paternos no pagamento da pensão alimentícia, não mais se discute a possibilidade de adimplirem com tal verba, desde que, por primeiro, se constate a total impossibilidade do pai em prover os alimentos necessários à sobrevivência do alimentando. 2. Para que a requerente pudesse ajuizar ação de alimentos contra os avôs paternos - tendo sido seu pai condenado antes a fazê-lo - exige o art. 1.698 do Código Civil, a necessidade de haver comprovação de que o parente que deve alimentos em primeiro lugar estar totalmente impossibilitado de arcar com o encargo que lhe cabe, para que fossem chamados a concorrer os de grau imediato. 3. Recurso a que se dá provimento. (TJMG, Ap. 1.0342.07.086644-3/001, rel. Célio César Paduani, j. 24/01/2008).

A austeridade neste ponto se legitima pelas características de complementaridade e subsidiariedade que envolve a obrigação avoenga, não se devendo reservar ao arbítrio do credor alimentar, a escolha do devedor, com total preterição ao obrigado primário por mero egoísmo ou mesmo ambição daquele que procura alimentos. Nesse sentido bem ponderam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2011, p. 804):

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 avôs não justifica a condenação avoenga, estando submetida, efetivamente, à prova da impossibilidade do genitor de atender às necessidades do credor.

De outra banda, existe também a possibilidade do neto cumular o pedido alimentar em face dos pais e avôs, conjuntamente, na mesma ação, pleiteando o reconhecimento da obrigação paterna e, sucessivamente, a declaração da responsabilidade avoenga, no caso de impossibilidade do devedor primário. Diante deste litisconsórcio passivo sucessivo despreza-se a necessidade de carrear aos autos prova pré-constituída acerca da míngua de haveres dos genitores, uma vez que a própria prestação fixada servirá de parâmetro para determinar a insuficiência. Maria Berenice Dias (2013, p. 529), discorre sobre o assunto:

Ainda que não disponha o autor de prova da impossibilidade do pai, o uso da mesma demanda atende ao princípio da economia processual. Na instrução é que, comprovada a ausência de condições do genitor, evidenciada a impossibilidade de ele adimplir a obrigação, será reconhecida a responsabilidade dos avôs. A cumulação da ação contra pais e avôs tem a vantagem de assegurar a obrigação desde a data da citação.

Yussef Said Cahali (2013, p. 471) também comunga do mesmo pensamento ao afirmar que:

A inclusão do avô, desde logo, no polo passivo da ação, junto com o devedor principal, funda-se em um argumento expressivo; se a pretensão de alimentos é sempre urgente, a necessidade de prévio ajuizamento de ação contra o pai para somente no final dela ser movida ação contra o avô estaria desconforme com a celeridade indispensável ao procedimento.

Carlos Roberto Gonçalves (2013, p. 492), divagando sobre as diversas possibilidades afirma a alternativa de ajuizamento da ação alimentícia em face dos pais e avós desde que haja prova da falta de capacidade do genitor para arcar sozinho com o encargo alimentar:

A ação deve ser dirigida primeiramente contra o pai, para, na impossibilidade dele, serem chamados os avós. Não se exclui a possibilidade de a ação ser proposta contra o pai e o avô, se evidenciando que aquele não tem condições de arcar sozinho com a obrigação alimentar. (...) Se, no entanto, o pai, comprovadamente, estiver ausente, ou, estando presente, não reunir condições para responder pela obrigação alimentar, a ação poderá, como dito, ser ajuizada somente contra os avós, assumindo o autor o ônus de demonstrar a ausência ou absoluta incapacidade daquele. Somente se ficar demonstrado no curso do processo que o autor pode ser sustentado pelo genitor é que seus avós serão excluídos da lide. A ausência de prova inequívoca da incapacidade econômica do pai é matéria de mérito, devendo, pois, ser verificada durante a instrução do processo, e não ser indeferida a pretensão 'initio litis' ou no despacho saneador.

Os Tribunais também não destoam deste posicionamento, garantindo a cumulação dos pleitos:

Civil e Processual. Ação de alimentos movida contra pai e avó paterna do menor. Representação nos autos. Advocacia da mãe do menor autor em sua defesa. Regularidade. Agravo de instrumento. Possibilidade jurídica do pedido. CC. Antigo, art. 397. Exegese. I – Regular a defesa do menor por sua mãe, advogada, que atua diretamente nos autos, mesmo que existam, ainda, outros causídicos já constituídos. II – Há possibilidade jurídica no pedido alimentar direcionado concomitantemente contra o pai do menor e sua avó, se a exordial justifica o pleito esclarecendo que os valores que o genitor paga não são suficientes às necessidades do alimentando, e a capacidade em supri-los é muito duvidosa, eles podem, em tese, ser complementados pela segunda ré, cabendo à segunda instância examinar o mérito da postulação quanto aos provisionais, deferidos que foram pelo juízo singular. III – Recurso especial conhecido e parcialmente provido. (STJ, Resp. 373004/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, 4ª Turma, J. 27/03/2007).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE ALIMENTOS AJUIZADA CONTRA O PAI E OS AVÓS PATERNOS - LITISCONSÓRCIO PASSIVO FACULTATIVO - ALEGAÇÃO DE QUE O GENITOR NÃO POSSUI CONDIÇÕES DE PROVER O SUSTENTO DO ALIMENTANDO - POSSIBILIDADE - RESPONSABILIDADE COMPLEMENTAR DOS AVÓS - DECISÃO REFORMADA. (MINAS GERAIS, TJ, Ag. 1.0342.07.088607-8/001, Rel. Des. Audebert Delage, 2007).

Questão intrigante que pode surgir no debate sobre a responsabilidade avoenga, repousa na questão da origem dos avós. Carrear a obrigação somente aos avós maternos ou paternos de forma isolada implicaria numa oneração demasiada a uma das linhagens, que de forma compartilhada poderão proporcionar um conforto maior ao alimentado, sem transferir a complementação material integralmente a uma das partes. Nesse sentido vem decidindo os Tribunais:

Família. Alimentos. A responsabilidade alimentar dos avós não é solidária, mas apenas subsidiária à dos genitores. O caso sob exame revela circunstância peculiar em que os avós paternos compreenderam a insuficiência de recursos de seu filho para assistir aos suplicados. A genitora das crianças também padeceria dificuldades materiais para conferir maiores recursos ao provisionamento dos filhos. Não há justificativa plausível e de qualquer espécie para que os avós maternos sejam excluídos de trazer colaboração material, transferindo-a integralmente aos avós paternos. Certo é que o genitor dos agravantes possui atividade remunerada, devendo recair sobre ele o dever alimentar, ainda que essa função seja exercida em empresa de sua família. O agravado fornece moradia aos seus netos, arcando com as despesas a ela inerentes. Somente com a vinda dos avós maternos poder-se-á conhecer em que medida possam eles prestar alguma contribuição para o mais amplo benefício aos netos. Agravo interno não provido. (Agravo Regimental nº 0185062-02-2012.8.26.0000/50000, TJ/SP. Rel. Des. Helio Faria, 8ª Câmara de Direito Privado. J. 30/01/2013).

Civil. Responsabilidade dos avós. Obrigação complementar e sucessiva. Litisconsórcio. Solidariedade. Ausência. 1 – A obrigação alimentar não tem caráter de solidariedade, no sentido que sendo várias pessoas obrigadas a prestar alimentos todos devem concorrer na proporção de seus respectivos recursos. 2 – O demandado, no entanto, terá o direito de chamar ao processo os co-responsáveis da obrigação alimentar, caso não consiga suportar sozinho o encargo, para que se defina quanto caberá a cada um contribuir de acordo com suas possibilidades financeiras. 3 – Nesse contexto, à luz do novo Código Civil, frustrada a obrigação alimentar principal, de responsabilidade dos pais, a obrigação subsidiária deve ser diluída entre os avós na medida dos seus recursos, diante da possibilidade de fracionamento. A necessidade alimentar não deve ser pautada por quem paga, mas sim por quem recebe, representando para o alimentado maior provisionamento tanto quantos coobrigados houver no polo passivo da demanda. 4- Recurso Especial conhecido e provido. (Resp 658.139/RS, Rel. Ministro Fernando Gonçalves. 4ª Turma. J. 11/10/2005, DJ 13/03/2006).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ALIMENTOS. INSUFICIÊNCIA DOS ALIMENTOS PRESTADOS PELO GENITOR. AJUIZAMENTO EM FACE DOS AVÓS PATERNOS. PEDIDO DE INCLUSÃO DOS AVÓS MATERNOS NO POLO PASSIVO CABIMENTO INTELIGÊNCIA DO ART. 1698 DO CÓDIGO CIVIL . 1. "Nos termos da mais recente jurisprudência do STJ, à luz do Novo Código Civil , há litisconsórcio necessário entre os avós paternos e maternos na ação de alimentos complementares. 2. Recurso conhecido e provido." (STJ, REsp 958513/SP, Quarta Turma, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, julg. 22/02/2011).

Família. Alimentos. Responsabilidade dos avós. Natureza complementar. Diluição da responsabilidade entre os maternos e paternos. CCB, art. 397. CCB/2002, art. 1.696. A responsabilidade dos avós quantos aos alimentos é complementar e deve ser diluída entre todos eles (paternos e maternos). Recurso especial conhecido e

parcialmente provido para estabelecer que, até o trânsito em julgado, o pensionamento deverá ser no valor estabelecido provisoriamente, reduzido em 50% (cinquenta por cento) o quantitativo estabelecido em definitivo. (STJ - Rec. Esp. 401.484 - PB - Rel.: Min. Fernando Gonçalves - J. em 07/10/2003 - DJ 20/10/2003 - Banco de Dados da Juruá 018/001580)

TJSP. Medida cautelar inominada - Avó paterna condenada a prestar alimentos à neta - Com o Código Civil de 2002 acabou o paternalismo do Código anterior. Ambos os cônjuges tem que prestar alimentos. Os avós de ambos os lados também devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, nos termos do art. 1.698 do Código Civil de 2002 - Pensão reduzida para um salário mínimo em agravo de instrumento anteriormente decidido - Pelos documentos ora colacionados, nada se alterou do já decidido, mantida a liminar em um salário mínimo - Ação parcialmente procedente (Voto 19623) MEDIDA CAUTELAR N°: 0287555.28.2010. COMARCA: SÃO PAULO. AUTOR: L. N. R. RÉU: J. T. R. (MENOR REP.) E OUTRO. Relator Ribeiro da Costa. J. 16/03/2011.

Nesse sentido, João Manuel de Carvalho Santos (1991, p. 171), expõe:

O que se faz necessário esclarecer é que se há avós paternos e maternos, são todos chamados, simultaneamente, a cumprir a obrigação, nas devidas proporções. Os ascendentes do mesmo grau são, sem dúvida, obrigados em conjunto, como se diz no Código Civil alemão, art. 1.066. Dessa verdade resulta que a ação de alimentos deve ser exercida contra todos e a cota alimentar será fixada de acordo com os recursos dos alimentantes e necessidade do alimentário. Ressalta ainda que pode o ascendente (avó, bisavó, etc.; avô, bisavô, etc.) opor que não foram chamados a prestar alimentos os outros ascendentes do mesmo grau.

De outra banda, muito se tem discutido sobre a escala de responsabilidade quanto a obrigação alimentar, já o encargo deve ser distribuído de forma igualitária entre o pai e a mãe, fato este que conduziria a segmentação matemática por linhas hereditárias. De acordo com essa teoria, cada genitor seria responsável pela metade do encargo alimentar levando-se em consideração um todo, onde caracterizada a impossibilidade de um desses atores, independentemente do outro satisfazer as necessidades da prole, os avós deveriam arcar com a respectiva parte correspondente aquela oriunda do devedor originário.

Ana Maria Gonçalves Louzada (2008, p. 50) é partidária deste entendimento ao afirmar que:

[...] caso a mãe seja bem sucedida empresária, e consiga com o seu trabalho sustentar os filhos que estão em sua guarda e companhia, ainda assim persiste a obrigação do pai. Em não possuindo esse pai condições de manter seus filhos condignamente (v.g. por estar desempregado) cabe aos netos pedirem alimentos aos avós. Se assim não for o entendimento, a mãe será “punida” por desenvolver atividade laborativa com sucesso, o que é injusto.

Entretanto, esse parece não ser o posicionamento mais correto na ótica do Superior Tribunal de Justiça, que diante de uma obrigação que não se caracteriza por sua solidariedade, devem os partícipes desta relação suportar o ônus na proporção de suas respectivas capacidades, afastando a tese da divisão matemática, conforme decisão:

Família. Alimentos. Responsabilidade complementar dos avós. Natureza jurídica. CCB, art. 397. CCB/2002, art. 1.696. Não é só porque o pai deixa de adimplir a obrigação alimentar devida aos seus filhos que sobre os avós (pais do alimentante originário) deve recair a responsabilidade pelo seu cumprimento integral, na mesma quantificação da pensão devida pelo pai. Os avós podem ser instados a pagar alimentos aos netos por obrigação própria, complementar e/ou sucessiva, mas não solidária. Na hipótese de alimentos complementares, tal como no caso, a obrigação de prestá-lo se dilui entre todos os avós, paternos e maternos, associada à responsabilidade primária dos pais de alimentarem os seus filhos. Recurso Especial parcialmente conhecido e provido, para reduzir a pensão em 50% do que foi arbitrado pela Corte de origem. (STJ – Rec. Esp. 366.837 – RJ – Rel. Min. César Asfor Rocha. J. 19/12/2002).

Maria Bercine Dias (2006, p. 15) discorda deste entendimento, criticando de maneira austera a impossibilidade de recorrer aos avós no caso de capacidade de somente um dos genitores, ao afirmar que:

O art. 1.696 do Código Civil, com clareza diz: o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros. Também não falta clareza ao art. 1.698: 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 (...). De maneira surpreendente, a tendência da jurisprudência tem sido ignorar esses dispositivos legais, sob o seguinte fundamento: a obrigação é dos pais. Na omissão de um dos pais, o ônus passa para o outro. Somente se ambos os genitores não tem condições de prover o sustento dos filhos é que se invoca a responsabilidade dos avós. Segundo esse raciocínio, está-se impondo ao genitor que tem o filho em sua companhia, que arque sozinho com o seu sustento. Pelo jeito, basta o guardião estar inserido no mercado de trabalho, ter alguma gratificação profissional ou simplesmente desempenhar atividade que gere algum rendimento, para ser responsável exclusiva pela manutenção da prole. Caso o outro genitor não pague alimentos, não pode se socorrer de mais ninguém. Sequer pode invocar a responsabilidade dos avós pela manutenção dos netos. Como dentro de nossa realidade social o filho geralmente fica sob a guarda da mãe, é ela quem resta onerada. Além da já famosa dupla jornada de trabalho, que compreende a administração do lar e o encargo da criação, educação e orientação da prole, se o genitor não cumpre com o encargo alimentar, terá ela que, sozinha, prover o sustento dos filhos. Basta ter algum ganho, nem que seja de pequena monta. Contra clara disposição legal vem sendo afastada a obrigação complementar e subsidiária dos ascendentes. O avô, independentemente de desfrutar de confortável situação de vida e ter ganhos que permitam com tranquilidade de auxiliar no sustento dos netos, não está sendo chamado a contribuir. Não é reconhecida sua obrigação pelo fato de a mãe ter algum tipo de rendimento. Nem sequer se atende ao critério da proporcionalidade entre o salário da guardiã e a situação econômica do avô. Basta a genitora auferir alguma renda para afastar a responsabilidade dos ascendentes.

Maria Aracy Menezes da Costa (2011, p. 130) contrariando a doutrinadora acima referenciada, censura a teoria da divisão matemática, e assevera que a solução deve ser buscada no âmbito da família original da prole, assim propalando:

Verifica-se que essa teoria divide a responsabilidade alimentar “por linhas” – “linha paterna” e “linha materna” – nos moldes da distribuição da herança no direito sucessório, passando a “metade” que seria responsabilidade do pai para os avós. Desconsidera-se, nesse entendimento, que se trata de uma obrigação diferenciada, de ambos os pais, decorrente do poder familiar, e não de uma simples “substituição” do obrigado, ou um repasse de tarefa. A mãe escolheu o pai de seu filho, e se ele não correspondeu a suas expectativas, não há por que se “vingar” nos pais dele, os avós. A queda do padrão econômico que, muitas vezes, ocorre com uma separação, com a dissolução de uma família, não deve nem pode ser “descontada” ou compensada nos avós. A solução deve ser buscada nos limites da família original da criança – mãe e pai. Só excepcionalmente, e de forma moderada, na falta do absolutamente essencial, recorre-se aos avós.

Abordada a questão concernente a reclamação de alimentos em face dos avós, verdade é que será necessário investigar se a capacidade de que dispõem os genitores impossibilitam socorro mínimo adequado as necessidades do alimentado, que não deve ultrapassar as condições econômicas ofertadas pelos pais, e de outro lado, que os avós sejam portadores de uma situação que lhes permitam auxiliar sem prejuízo de seu próprio sustento. Observando o binômio necessidade/possibilidade, os Tribunais assim decidem:

Trata-se de recurso especial interposto por B G F - MENOR IMPÚBERE, com fundamento nas alíneas a e c do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo assim ementado: CIVIL. PROCESSO CIVIL. PRELIMINAR DE NULIDADE DO PROCESSO. REJEIÇÃO. ALIMENTOS. BINÔMIO NECESSIDADE E CAPACIDADE. OBRIGAÇÃO ALIMENTAR DO GENITOR. ALIMENTOS COMPLEMENTARES PELO AVÔ PATERNO. IMPOSSIBILIDADE. GENITORA QUE EXERCE ATIVIDADE REMUNERADA. APELAÇÃO IMPROVIDA. SENTENÇA MANTIDA. 1. Não tendo o apelante requerido a oitiva de testemunha durante a realização da audiência de instrução e julgamento, é certo que a matéria encontra-se preclusa, a teor do art. 245, do CPC. 2. É de curial sabença que a designação do quantum devido a título de alimentos deve observar o binômio necessidade do alimentando e capacidade do alimentante. 3. Se os alimentos já são prestados pelo genitor, não é possível à sua complementação por parte do avô paterno, principalmente se não comprovado a necessidade do alimentante. Neste caso não se aplica o disposto no art. 1.694, do CC. 4. A obrigação alimentar é de responsabilidade de ambos os pais, e, se a genitora do alimentante também exerce atividade remunerada, deve esta da mesma forma assumir a responsabilidade quanto à manutenção do filho. 5. Apelação conhecida e não provida. Sentença mantida. (fls. 135/136) Recurso Especial Nº 1.000.881 - ES (2007/0254684-3) Relator: Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado Do TJ/RS), J 11/06/2010.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ALIMENTOS CONTRA OS AVÓS PATERNOS. Em sede de ação de alimentos direcionada contra os avós, a possibilidade tem maior relevância do que os outros elementos do trinômio

alimentar. No caso, não existem elementos capazes de formar efetiva convicção acerca da possibilidade dos agravantes em suportar os alimentos provisoriamente fixados, sem prejuízo do próprio sustento. Assim, não pode subsistir o pensionamento fixado [...]” (TJRS, Agravo de Instrumento nº 70005360425, Rel: Rui Portanova, julgado em 13/02/2003)

Estipular a exata simetria entre os vencimentos dos avós e a importância da pensão a ser fixada é uma árdua empreitada do julgador, que não deve ficar adstrito a simples avaliação aritmética, mas deve sim envolver um método de valoração de toda a conjuntura determinante da quota alimentar, onde a razoabilidade, comedimento e objetividade são fundamentais, uma vez que a responsabilidade avoenga não deve ser equiparada a mesma obrigação quantitativa dos pais e também não deve afetar o restante de vida que os avós tem direito. A respeito. Eduardo de Oliveira Leite (2009, p.75) afirma:

A transferência da obrigação para os avós não pode, nem deve fomentar a ociosidade, nem tampouco o comodismo, quer pela imoralidade que configuraria a hipótese, quer pela flagrante injustiça se, como vimos, os idosos têm direito a viver a velhice com tranquilidade e sossego.

Imputar aos avós um ônus maior do que lhes compete, viola o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, que em seu artigo 21 traz determinação no sentido de que o pátrio poder (agora poder familiar) deve ser exercido em igualdade de condições pelo pai e pela mãe, além do dispositivo representado pelo artigo 22 do mesmo diploma, que transporta aos pais a incumbência do sustento, guarda e educação da prole. Não se pode esquecer da orientação traçada pelo Enunciado nº 342 do CJF:

342 - Observadas as suas condições pessoais e sociais, os avós somente serão obrigados a prestar alimentos aos netos em caráter exclusivo, sucessivo, complementar e não-solidário, quando os pais destes estiverem impossibilitados de fazê-lo, caso em que as necessidades básicas dos alimentandos serão aferidas, prioritariamente, segundo o nível econômico-financeiro dos seus genitores.

Maria Aracy Menezes da Costa (2011, p. 140) esclarece bem a questão concernente aos limites da responsabilidade avoenga:

Os conceitos de “necessidade” e “possibilidade” não podem vir dissociados da noção de “obrigatoriedade”. Os avós podem manter um padrão de vida elevado e, realmente ter “possibilidade” de alcançar alimentos aos netos que estão em situação de “necessidade”. No entanto, não se pode descuidar dos limites da obrigação avoenga, nem esquecer que os avós não têm a obrigação de proporcionar aos netos o mesmo padrão de vida deles, os avós. Os netos é que devem viver de acordo com o padrão de seus próprios pais. Poder arcar não significa dever arcar. E aí, nesse equívoco, se encontra o cerne do imenso problema em nosso direito de família atual: os limites da obrigação avoenga.

Os Tribunais decidem nesse sentido:

A responsabilidade alimentar dos avós, por excepcional e subsidiária, só tem lugar mediante prova da impossibilidade financeira absoluta do genitor. Para fixação da obrigação, na forma de complementação, há de vir prova escoreta de que o valor alcançado pelo pai, somado ao valor propiciado pela mãe, é insuficiente, o que não ocorre no presente caso. Não se pode confundir dificuldades oriundas das modestas condições econômicas dos genitores, a que devem se adaptar os filhos, com incapacidade de sobrevivência. O padrão de vida dos avós não serve de parâmetro para tal fim. (Rio Grande do Sul, Tribunal de Justiça, AC nº 70009321951, 7ª Câmara Cível, Relatora: Des. Walda Maria Melo Pierro, julgado em 23.02.2005, provido por maioria).

Os alimentos prestados pelos avós devem suprir, portanto, as necessidades básicas do alimentando de acordo com as possibilidades dos pais, não se afigurando legítima a obtenção de pensão alimentícia fundada no *status* financeiro dos progenitores.

No que tange a execução de alimentos, cabe esclarecer que não existe possibilidade de ajuizar demanda executória em face dos avós por descumprimento de obrigação a ser suportada pelos pais, já que o encargo alimentar é deste, não sendo permissível a exigência de pagamento a terceiros por débitos alheios. Assim decidem os Tribunais:

Alimentos - Execução - Inclusão dos avós paternos no polo passivo - Indeferimento - Ascendentes que não figuraram na ação de conhecimento, da qual adveio o título executado - Art. 568, I do CPC - Decisão mantida - Recurso improvido. (TJ/SP. Acórdão nº 5890974200 da 8ª Câmara de Direito Privado, Rel. Joaquim Garcia. J. 04/03/2009).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. DEMANDA PROPOSTA CONTRA O PAI. PRETENSÃO PARA QUE OS AVÓS PATERNOS SEJAM INCLUÍDOS NO POLO PASSIVO DA AÇÃO DE EXECUÇÃO. INVIABILIDADE. É inviável a alteração do polo passivo da execução para a inclusão dos **avós** paternos, uma vez que inexistente título executivo a embasar a execução. Agravo de instrumento desprovido, de plano. (Agravo de Instrumento Nº 70038784294, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em 15/09/2010).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. FAMÍLIA. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. GENITOR QUE NÃO RESPONDE AO CHAMADO JUDICIAL. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO CONTRA AVÓS PATERNOS. IMPOSSIBILIDADE. Não tendo os avós paternos integrado a ação de conhecimento que deu azo ao título judicial objeto da execução, impossível o redirecionamento da ação contra eles, a fim de ver-se cumprido débito alimentar que não lhes diz respeito. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70029909652, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Conrado de Souza Júnior, Julgado em 22/07/2009).

Situação diversa ocorre no caso em que os avós figuraram no polo passivo da ação alimentar, fator este que confere legitimidade para serem acionados no caso de inadimplemento. Assim decidem os Tribunais:

Agravo de instrumento. Execução de alimentos. Acordo alimentar descumprido. Rito do artigo 733, do CPC. Possibilidade. Ainda que a obrigação alimentar haja sido assumida pelos avós, o descumprimento do encargo pode ser executado pela regra da coerção pessoal. Além disso, no caso concreto, o próprio acordo que fixou o dever alimentar previu a prisão civil para o caso de inadimplência. Negaram provimento ao recurso. (Agravo de Instrumento nº 70048167605, Oitava Câmara Cível, TJ/RS, Rel. Alzir Felipe Schmitz, J. 24/05/12).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. RITO DO ART. 733 DO CPC. OBRIGAÇÃO AVOENGA. SUPOSTOS PROBLEMAS DE SAÚDE. JUSTIFICATIVA INSUBSISTENTE A AFASTAR O DECRETO PRISIONAL. A alegação de impossibilidade de pagamento da verba alimentar, em razão da idade avançada e dos problemas de saúde apresentados pelo devedor, avô da criança, bem assim a situação financeira precária, não o exime da obrigação já vencida, nem elide o decreto prisional. Ademais, consoante reiterado entendimento jurisprudencial, não há falar na discussão do binômio possibilidade/necessidade em sede de execução. Precedentes desta Corte e do Egrégio STJ. PRISÃO CIVIL. CUMPRIMENTO EM REGIME ABERTO. A prisão civil decorrente de dívida alimentar deve ser cumprida em regime aberto. Recomendação da Circular nº 21/93 da Corregedoria-Geral da Justiça e precedentes desta Câmara. Agravo de instrumento parcialmente provido, de plano. (Agravo de Instrumento Nº 70036826733, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em 10/11/2010).

Apesar de a prisão civil constituir um meio ímpar para que o devedor salde imediatamente sua dívida, a verdade é que ela ataca diretamente a integridade física e na maioria das vezes atua de maneira negativa sob o ponto de vista psicológico, especialmente em pessoas com idade avançada, podendo acarretar prejuízos irreversíveis em suas condições de saúde.

Assim é que o magistrado deve atuar com extrema ponderação quando o decreto recair sobre os avós, uma vez que os integrantes desta categoria albergam a denominada terceira idade.

A segregação é uma providência extraordinária e abominável, que serve como meio coativo para o cumprimento da obrigação alimentar e ofende tanto a liberdade quanto a dignidade dos avós. Saliente-se que as pessoas com idade igual ou superior a sessenta anos estão sob o manto protetivo da Lei nº 10.741/03 (Estatuto do idoso), exatamente por se situarem num plano distinto dos demais. Nesse contexto, deve o julgador aplicar a lei com sapiência, impedindo que se despoje dos avós o necessário para que tenham uma velhice digna, imprimindo a medida caráter excepcional. Assim decidem os Tribunais:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE EXECUÇÃO DE ALIMENTOS AVOENGOS PELO RITO DO ARTIGO 733, CPC - PAGAMENTO PARCIAL - DECISÃO QUE INDEFERE A PRISÃO CIVIL DOS AVÓS PATERNOS E QUE DETERMINA O PROSSEGUIMENTO DO FEITO MEDIANTE ATOS EXPROPRIATÓRIOS - PRETENSÃO DE IMPOSIÇÃO DE COERÇÃO

PESSOAL - DESARRAZOADA NO CASO - MEDIDA DE CARÁTER EXCEPCIONAL - PRINCÍPIO DA MENOR RESTRIÇÃO POSSÍVEL - ARTIGO 620, CPC -PENHORA DE BENS JÁ REALIZADA NOS AUTOS - GARANTIA DE SATISFAÇÃO DO DÉBITO -PRISÃO CIVIL QUE PERDEU A SUA FINALIDADE - NÃO COMPROVAÇÃO DE QUE O INADIMPLEMENTO É INVOLUNTÁRIO E INESCUSÁVEL - ARTIGO 5º, LXVII, CF -DECISÃO MANTIDA. 1. A prisão é a modalidade coercitiva mais agressiva ao seu devedor, e como, tal, deve ser adotada somente em situações excepcionais, segundo exegese do artigo 620,CPC, notadamente no caso de execução promovida contra os avós, haja vista se tratar de responsabilidade alimentar excepcional, subsidiária e complementar à dos pais. 2. In casu, revela-se desarrazoada a continuidade do processo na modalidade coercitiva (artigo 733, CPC), já que a intervenção expropriatória se mostrou profícua no caso ante a concretização de penhora de bens, o que garante o resultado econômico almejado pela parte credora, qual seja, a satisfação do débito alimentício. Ademais, não restou demonstrado que o inadimplemento é voluntário e inescusável (art. 5º, LXVII, CF). RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO” (TJPR – 12ª Câmara Cível – AI 941399-6 – Rel. Des. Rosana Amara Girardi Fachin, j. em 03/07/2013).

Pelas suas consequências maléficas, a prisão civil sempre deverá ser evitada no caso dos avós, na medida do possível. Assim já decidiram os Tribunais:

Em ação de execução de alimentos, contra avós paternos, que, sendo, a obrigação dos avós de natureza subsidiária, além do que demonstrada nos autos a precariedade de suas situações financeiras, tratando-se, portanto, de impagamento involuntário e escusável, não se justificaria o decreto de sua prisão. (BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação cível nº 70039385893, Porto Alegre-RS, 27 de janeiro de 2011, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos)

Consoante jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a prisão civil por dívida no caso dos avós poderá ser transmudada em encarceramento domiciliar em situações excepcionalíssimas, como no caso de doença grave, na busca incessante de atender a dignidade da pessoa humana, com o escopo de impedir que a sanção se converta em pena de natureza bruta e desumana.

CONCLUSÃO

As considerações finais procuram sintetizar as conclusões da pesquisa realizada, cujo aprofundamento necessário restou limitado pelas restrições metodológicas presentes em toda investigação em grau dissertativo, mantendo, porém, aberta a reflexão para futuro detalhamento, em sede própria.

Neste sentido, chegamos às conclusões abaixo expostas.

A evolução da sociedade como um geral e os melhoramentos introduzidos pela ciência propiciou o aumento da expectativa de vida, fato que ocasionou o crescimento da população idosa, estendendo a convivência entre gerações. Essa maior duração de vida trouxe preocupações em razão dos riscos ligados à saúde e sistema previdenciário. Entretanto, não constituem motivos para tratá-los com discriminação, já que a sociedade, Estado e principalmente a família devem ofertar suporte a pessoa idosa de maneira a garantir o exercício de todas as suas prerrogativas.

Tanto a criança/adolescente como o idoso são objetos de proteção constitucional especial. A contenda entre os direitos de ambas as categorias deve ser solucionada a luz do princípio da dignidade humana resguardando as prerrogativas de cada um, perseguindo sempre que possível um padrão de equilíbrio capaz de servir de pilar para delimitar o encargo avoengo.

São identificados quatro modelos de responsabilidade jurídica familiar ante o envelhecimento de seus integrantes, que apresenta como referência um modelo conceitual baseado numa obrigação de direito, quais sejam: modelo totalitário; abstencionista; paternalista; e multigeracionista.

A responsabilidade avoenga acha-se respaldada no artigo 1.696, do Código Civil, que dispõe no sentido de que o encargo alimentar deve pesar sobre os parentes mais próximos em grau, primeiramente em linha ascendente, uns em falta de outros. Define-se falta a carência de condições para ofertar alimentos que atenda as necessidades daquele que pleiteia os alimentos (artigo 1.698, do Código Civil).

A obrigação alimentar é múnus carregado primeiramente, entre pais e filhos, apenas incidindo sobre os ascendentes, a título subsidiário e complementar, e quando atestada a impossibilidade do cumprimento do encargo pelos primeiros obrigados, alicerçando-se na

solidariedade familiar. Dessa forma, para que os avós sejam acionados será imprescindível a demonstração da incapacidade material dos genitores, devedores principais, em prover o sustento da prole. Por conseguinte, não viável o direcionamento da contenda alimentar em face dos avós enquanto não exaurido todos os caminhos para perseguir os alimentos contra os pais.

A responsabilidade alimentar avoenga é excepcional e também complementar, justificando-se ainda que as necessidades do alimentado não puderem ser atendidas inteiramente pelo devedor primário. Logo, a condição econômica dos genitores, mesmo que suficiente para arcar com somente parte do sustento da prole, autoriza o chamamento dos avós para suplementar o auxílio.

Inexiste obstrução legal a embasar o ajuizamento de ação de alimentos diretamente contra os avós, diante da escassez de recursos suportados pelos genitores. Entretanto, necessário haver comprovação prévia de que aqueles que devem alimentos em primeiro lugar (pais) estão completamente impedidos de suportar a obrigação que lhes incumbe.

Também existe a possibilidade jurídica de cumular o pleito alimentar concomitantemente em face do pai e avô, requerendo a legitimação do dever paterno e, sucessivamente, o decreto da incumbência avoenga, no caso da incapacidade do devedor principal.

A obrigação alimentar dos avós não apresenta caracteres de solidariedade, na ótica de que havendo diversas pessoas obrigadas a ofertar alimentos, todos devem competir proporcionalmente de acordo com sua fortuna. Entretanto, aquele contra quem a ação é desferida poderá convocar no processo os corresponsáveis do encargo alimentar, na hipótese de não ter aptidão para arcar sozinho com o ônus, de maneira a se definir a quota parte da cada um consoante suas possibilidades financeiras. Fracassada a obrigação alimentar principal, a responsabilidade subsidiária deve ser dissolvida entre os avós (materno e paterno) na medida das suas posses.

A teoria da divisão matemática é fundamentada na responsabilidade da cada genitor pela metade da obrigação alimentar, de tal modo que evidenciada a impossibilidade de um dos pais, os avós deveriam contrair a respectiva parte correspondente àquela originária do devedor principal. De acordo com o entendimento jurisprudencial a obrigação é dos pais, sendo que na negligência de um, o outro é que deverá arcar com o ônus. Apenas se ambos os genitores não tiverem possibilidade de sustentar a prole é que se chama a responsabilidade dos avós.

O binômio necessidade/possibilidade deve ser observado com cautela quando se fala em responsabilidade avoenga, pois sua capacidade auxiliadora deve ser exigida sem que prejuízos lhe sejam causados no suporte de seu próprio sustento, devendo-se realizar um cotejo com a necessidade do alimentado, que deve ser socorrido para a satisfação de suas necessidades básicas, dentro das condições econômicas que os pais podem ofertar.

Não havendo integração dos avós na ação de conhecimento que serviu de suporte a constituição do título judicial objeto da execução, não é possível o redirecionamento da demanda contra eles, com o escopo de ver cumprida a dívida alimentar que não lhes diz respeito. Nessa situação, inviável a modificação do polo passivo da execução para a inserção dos avós, pois não houve formação de título executivo a fundamentar a execução.

Situação diversa ocorre no caso em que os avós figuraram no polo passivo da ação alimentar, fator este que confere legitimidade para serem acionados no caso de inadimplemento.

A segregação civil tem caráter excepcional e somente deve ser adotada em casos extremos, dada às condições desta classe de pessoas, que na maioria das vezes são idosas, com saúde frágil e pouca expectativa de vida, procurando sempre manter a dignidade de seus seres.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARBOSA, Heloisa Helena. *O princípio do melhor interesse do idoso*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- BRAGA, Pérola Melissa V. *Direitos do idoso*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 8. ed. São Paulo: RT, 2013.
- COSTA, Maria Aracy Menezes da. *Os limites da obrigação alimentar dos avós*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- _____. *Conversando sobre alimentos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 5.
- FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v 2.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *Prestação alimentícia dos avós: a tênue fronteira entre obrigação legal e dever moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. *Alimentos: doutrina e jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- MUNIR CURY, Jurandir Norberto Marçura e GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. *Estatuto da criança e do adolescente anotado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- NERY JÚNIOR, Nelson e TOLEDO MACHADO, Martha de. *O estatuto da criança e do adolescente e o novo código civil à luz da constituição federal: princípio da especialidade e direito intertemporal*. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 3, n. 12, p. 18, out./dez. 2002.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Estatuto da criança e do adolescente comentado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- SANTOS, João Manuel de Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991.
- SOUZA, Ivone Coelho de. *Papéis avoengos: uma sobreposição à parentalidade*. Curitiba: Juruá, 2009.