

Ação de oferecimento de alimentos. Ausência de reconvenção. Impossibilidade de fixação dos alimentos em percentual acima do ofertado pelo autor. Princípio da demanda e do devido processo legal.

Processo: 2006.051.001605-5

Autor: Luiz Renato Vieira da Silveira

Ré: Ana Carolina Jardim da Silveira

MM. Dr. Juiz,

Trata-se de ação de oferecimento de alimentos formulada pelo pai em benefício da filha menor, em 7,5 % do seu salário ou em 80% do salário mínimo nacional. Juntou os documentos que comprovam o parentesco e provas de que tem outra filha.

Foram fixados os alimentos provisórios nos termos da proposta autoral.

Em contestação a ré alega que o autor possui outros rendimentos requerendo a expedição de vários ofícios (fls. 29 e ss). Não houve apresentação de reconvenção.

Sem possibilidade de conciliação, foram produzidas provas documentais que provaram que o autor auferia mais do que alegara sendo majorados os provisórios (fls. 29, 52, 59, 146 e 147, 209).

A decisão que majorou os provisórios foi objeto de agravo de instrumento com a concessão de efeito suspensivo (fls. 209, 226, 241).

Após alegações finais vieram os autos para parecer final (fls. 250 e ss.; 258 e ss.).

É o relato, passa o Ministério Público a opinar.

I) Sobre o direito material

Trata de hipótese de alimentos devidos pelo pai à filha menor impúbere, decorrendo assim a obrigação alimentar do poder familiar. Em sede de alimentos deve-se verificar o binômio necessidade do alimentando *versus* possibilidade do alimentante, porém em se tratando de filha menor tal necessidade é presumida.

Quanto às possibilidades do autor, estas parecem ser boas diante do novo contracheque apresentado pela sua empregadora já que trabalha na Petrobrás, como concursado do cargo de técnico.

Ocorre que temos um obstáculo processual para a fixação dos alimentos em percentual acima do oferecido, tornando, *data venia*, estéril a discussão sobre a possibilidade do alimentante.

Quando o autor formulou a demanda e a ré, no prazo de sua resposta, não apresentou a reconvenção houve uma vinculação da atividade jurisdicional aos limites fixados no pedido do autor.

Assim, qualquer percentagem fixada acima do ofertado que não for fruto de acordo, viola a inércia e configura-se como *error in procedendo*. Vejamos por tópicos.

II) A análise processual

II. 1 O princípio da demanda e a inércia como característica da jurisdição

No nosso Ordenamento o CPC prevê que *Nenhum juiz prestará tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais.* (art. 2^a)

Tal disposição concretiza o chamado princípio da demanda e representa a inércia característica elementar da atividade jurisdicional, segundo Chiovenda, sendo a substitutividade a outra característica básica.

Agrícola Barbi, ensina que *nos processos de jurisdição contenciosa, prevalece nos países ocidentais não socialistas a regra de que eles só podem ter início por provocação de uma parte interessada (....) do princípio da demanda decorrem outras conseqüências, como a de que o juiz não pode decidir além do que foi pedido pelo autor.* (Comentários ao CPC. v. I, arts. 1^a a 153, 10 edição, forense; p. 14)

A demanda e a inércia garantem a imparcialidade do órgão jurisdicional.

II. 2 Da análise e interpretação das normas constitucionais e acórdãos contrários a tese aqui esposada.

Sabe-se que a jurisprudência dominante é favorável à fixação de alimentos além dos ofertados em ações de oferecimento, com o fundamento genérico do melhor interesse do infante, e em uma suposta ponderação entre o princípio do melhor interesse e os princípios processuais, não havendo nem nulidade nem necessidade de reconvenção.

Porém, *data venia*, a questão está desfocada já que nos acórdãos não se percebe uma construção analítica seguindo a linha da ponderação dos princípios. Não se constrói uma fundamentação com base na ponderação (necessidade, adequação, proporcionalidade em sentido estrito), procurando-se mostrar a

menor restrição possível ao princípio que cede espaço ao outro. Nem tampouco se observa que o devido processo legal previsto no art. 5 LIV e LV do Texto Maior é também garantia fundamental junto com o melhor interesse da criança retratado na expressão *absoluta prioridade*, art. 227 da CRFB/88, sendo ambos concretizados em normas infraconstitucionais. Vejamos alguns deles, da sétima, primeira e oitava Câmaras cíveis do TJ-RJ, *verbis*:

2007.001.23482 - APELACAO CIVEL - 1ª Ementa DES. MARIA HENRIQUETA LOBO - Julgamento: 29/08/2007 - SETIMA CAMARA CIVEL Ação de oferecimento de alimentos. Dever de sustento decorrente do poder familiar. Filho menor. Sentença que fixou os alimentos em percentual superior ao ofertado. Alegada impossibilidade de cumprimento do dever alimentar pelo alimentante no patamar arbitrado pelo Juízo a quo, que não restou comprovada. Prevalência do binômio necessidade-possibilidade. Eventual arbitramento em montante superior ao ofertado na inicial não constitui decisão ultra petita, eis que este serve, apenas, de mera estimativa. Sentença de procedência. Desprovemento do recurso.

Neste acórdão salienta-se a prevalência do binômio clássico sem explicar o porquê, não sendo os aspectos processuais enfrentados. Vejamos outro, *verbis*:

2006.001.45899 - APELACAO CIVEL - 1ª Ementa DES. MARIA AUGUSTA VAZ - Julgamento: 28/11/2006 - PRIMEIRA CAMARA CIVEL APELAÇÃO CÍVEL. OFERECIMENTO DE ALIMENTOS. FIXAÇÃO DA VERBA ALIMENTAR EM PERCENTUAL MAIOR DO QUE O OFERECIDO PELO AUTOR. AVALIAÇÃO DO BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE. O Código Civil, em seu artigo 1694, § 1º, determina que os alimentos devam ser fixados observando-se a necessidade do alimentando e a possibilidade do alimentante. No caso em tela, considerando as duas fontes de renda do autor, a média de gastos dispensados na criação de duas filhas menores, bem como o fato da genitora das alimentandas também exercer atividade laborativa, coube ao magistrado arbitrar valor intermediário, norteando-se pelo princípio da razoabilidade. O valor da verba não pode ser fixada de forma a conferir ao alimentante o dever de, sozinho, prover o sustento das alimentadas, quando a genitora delas também exerce atividade laborativa e possui condições de contribuir economicamente para a criação. Bem avaliado o binômio necessidade/possibilidade. Sentença que se mantém.

Neste acórdão novamente faz-se menção ao binômio clássico sem detalhamento maior diante das regras processuais, fazendo-se ainda referência

à 'razoabilidade' sem trabalhar o seu conteúdo tríplice citado acima e bem desenvolvido na obra de Daniel Sarmento. Vejamos outro, *verbis*:

2007.001.02337 - APELACAO CIVEL - 1ª Ementa DES. ANA MARIA OLIVEIRA - Julgamento: 07/08/2007 - OITAVA CAMARA CIVEL Ação de oferecimento de alimentos proposta pelo pai do menor no valor de 15% do seu salário ou de 30% do salário mínimo, caso perca o vínculo empregatício. Sentença de procedência parcial do pedido que fixou os percentuais em 25% dos rendimentos líquidos ou 50% do salário mínimo. Apelação do Autor. Arbitramento dos alimentos em montante superior à oferta que não enseja julgamento extra petita. Provas que demonstram as despesas do menor e a impossibilidade da mãe de supri-las revelando-se, no entanto o percentual de 20%, em caso de vínculo empregatício, mais condizente com o binômio necessidade-possibilidade, tanto mais que será mantido o plano de saúde do menor. Retenção do percentual referente aos alimentos sobre o FGTS em caso de rescisão do contrato de trabalho, que foi corretamente imposta porque a verba poderá garantir eventual inadimplemento dos alimentos e porque seu levantamento somente será apreciado no momento oportuno. Pensionamento que, no entanto, não deverá incidir sobre a verba designada por PLR (Participação nos Lucros e Rendimentos) que não tem natureza remuneratória. Precedentes do TJRJ. Determinação de que prevaleça o pensionamento de maior valor que preserva os interesses do menor. Provimento parcial da apelação.

O julgado de fundamentação *breve, avaramente breve* não esclareceu a razão de não ser *extra* (sic) *petita* o julgamento que fixa o percentual dos alimentos acima do ofertado (a expressão em itálico é de Eça de Queiroz, na obra *A relíquia*).

Enfim, a jurisprudência não enfrenta a questão com profundidade.

Raciocine-se com lógica. O melhor interesse da criança derroga todas as regras e princípios processuais? Não. Basta analisar o Estatuto da Criança e do Adolescente, lei 8069/90, para verificar que há dezenas de regras processuais no referido Estatuto e, normalmente, nem doutrina nem jurisprudência as caracterizam por derogáveis.

Então por que cargas d'água é o princípio da demanda relativizado nas decisões de primeira instância se outras regras como a de competência ou a de iniciativa ministerial previstas no ECA, no CPC e em leis esparsas sobre o tema não o são? (lembre-se que violar um princípio é muito mais grave que violar uma regra, pois ao lesar o princípio o intérprete viola o ordenamento como um todo – confira-se, por todos, Humberto Ávila na obra *Teoria dos Princípios*).

A resposta está em uma vinculação fetichista à própria jurisprudência, conforme veremos no item II.4.

Nem se diga que limitar a fixação criaria uma diversa porcentagem de pensão alimentícia para ambas as filhas. Parece ser possível fixar pensões alimentícias em valores diversos para filhos do mesmo pai, sendo interpretação diversa contrária à cláusula de igualdade prevista na Constituição.

Quando, por exemplo, Tício, bancário de profissão, tem um filho chamado Caio com Maria, Juíza de Direito, a pensão fixada em favor do infante a incidir sobre o salário do pai poderá ser fixada em 'X'.

Se posteriormente Tício tiver outro filho de nome Lucas com Joana, professora primária do Estado, a pensão alimentícia fixada em favor deste poderá ser de 2X, superior à fixada em favor de Caio por que a possibilidade da contribuição para o sustento do respectivo filho de Maria é muito maior que a de Joana.

A resposta poderia ser a mesma no caso de infantes filhos dos mesmos pais na hipótese de um deles ser, por exemplo, portador de deficiência física que demande muitos gastos para o genitor que detenha a guarda.

Assim a regra de igualdade dos filhos prevista na CRFB/88 é material e não formal, podendo-se ser fixados percentuais diversos para filhos diversos que possuem necessidades diversas. Entender o contrário parece ser equívoco exegético que, infelizmente, é comum.

II. 3 Do processo civil como instrumento de segurança e homogeneidade

O Processo civil é um instrumento não apenas de concretização do direito material, mas também um mecanismo de realização de valores constitucionais caros ao ordenamento pátrio.

Por meio do processo realiza-se uma escolha política, uma opção ideológica e, frequentemente, mudar o processo com a desculpa de que se Muda apenas leis 'adjetivas' é o caminho mais fácil para o retrocesso social das liberdades públicas.

Amiúde os juristas criticam o Processo civil e muitas vezes na prática forense escuta-se que o Código de processo civil '*atrapalha*'. Quem ou o que é atrapalhado não se sabe bem, porém a sede daquilo que se crê por justiça não vê limites nas leis em hipóteses de direito de família ou vinculados à infância e juventude. Faz-se o quer, do jeito que se quer.

Aqui se critica tal perspectiva já que as leis procedimentais, que não são perfeitas, geram segurança e homogeneidade de tratamento de hipóteses similares, evitando os 'justiceiros' do caso concreto, os ditadores de opiniões para quem regras de iniciativa, de competência, de foro, de legitimidade são meros 'conselhos'.

O processo em uma perspectiva de realização dos valores constitucionais é positivo sendo necessário desvinculá-lo da idéia de mero instrumento do direito material, como se ao interpretar os dispositivos processuais o jurista fosse

despolitizado e sem ideologia. Não é. *Cada escolha processual é, em último caso, uma escolha ideológica e política.*

O processo nem é mero rito ou procedimento, nem *palco de elucubrações dogmáticas para recreio de pensadores esotéricos*. O processo é instrumento de realização efetiva das garantias e valores constitucionais (do autor e do réu) e busca de justiça. (A expressão em itálico é do professor Humberto Theodoro Jr.)

Assim, *data venia*, permitir que os juízes, por meio de *jurisprudência*, sem que haja uma lei específica, ajam de ofício indo além do pedido do autor, sem reconvenção, traduz-se em uma escolha político-ideológica. Tal escolha é criticável porque vai de encontro à nossa cultura jurídica como um todo, sendo o primeiro degrau daquilo que alguns chamam de *ditadura dos juízes*.

O processo civil tem problemas, mas é o melhor instrumento desenvolvido para ao mesmo tempo, efetivar os direitos materiais, realizar os valores constitucionais e frear os ímpetos despóticos de advogados, juízes e promotores.

II. 4 *Da vinculação psíquica à jurisprudência como forma de expressão da lei do menor esforço e fuga do dever constitucional de fundamentação.*

Foi escrito no item II.2 *'Então por que cargas d'água é o princípio da demanda relativizado nas decisões de primeira instância se outras regras como a de competência ou a de iniciativa ministerial previstas no ECA, no CPC e em leis esparsas sobre o tema não o são?'*

A resposta é: porque é pacífico na jurisprudência.

O fato é que, uma vez massificado nos Tribunais nem advogados nem juízes questionam um entendimento, ocorrendo uma *'dogmatização'* (ou seja, um dogma que vale por si só independente de demonstração). Confira-se o gênio de Maximiliano em apoio, *verbis*:

"Em virtude da lei do menor esforço e também para assegurar os advogados o êxito e os juízes inferiores a manutenção das suas sentenças, do que muitos se vangloriam, preferem, causídicos e magistrados, às exposições sistemáticas de doutrina jurídica os repositórios de jurisprudência. Basta a consulta rápida a um índice alfabético para ficar um caso liquidado, com as razões na aparência documentadas cientificamente. Por isso, os repertórios de decisões em resumo, simples compilações, obtêm esplêndido êxito de livraria". Há verdadeiro fanatismo pelos acórdãos: dentre os frequentadores dos pretórios, são muitos os que se rebelam contra uma doutrina; ao passo que rareiam os que ousam discutir um julgado, salvo por dever de ofício, quando pleiteiam a reforma do mesmo.

Citado um aresto, a parte contrária não se atreve a atacá-lo de frente,

prefere ladeá-lo, procurar convencer de que não se aplica à hipótese em apreço, versara sobre caso diferente (...) Quando a lei é nova, ainda os seus aplicadores atendem à teoria, compulsam tratados, apelam para o Direito Comparado; desde, porém, que aparecem decisões a propósito da norma recente, volta a maioria ao trabalho semelhante à consulta a dicionários. 'Copiam-se, imitam-se, cõntam-se os precedentes; mas de pesá-los não se cuida'. Desprezam-se os trabalhos diretos sobre os textos; prefere-se a palavra dos profetas às tábuas da lei. O processo é erradíssimo. Os julgados constituem bons auxiliares de exegese, quando manuseados criteriosamente, criticados, comparados, examinados à luz dos princípios, com os livros de doutrina, com as exposições sistemáticas do Direito em punho. A jurisprudência, só por si, isolada, não tem valor decisivo, absoluto. Basta lembrar que a formam tanto os arestos brilhantes, como as sentenças de colégios judiciários onde reinam a incompetência e a preguiça". (Maximiliano, Carlos; Hermenêutica e Aplicação do Direito; Ed. Forense 19 edição. P. 148/149)

È uma das páginas mais sensacionais das letras jurídicas pátrias.

Se tivesse vivido para usufruir dos sítios dos tribunais, onde qualquer rábula vira jurista em 05 minutos, certamente o mestre da hermenêutica diria que a facilidade da *internet* ampliou o poder da vinculação jurisprudencial, pois, ao mesmo tempo em que torna dispensável maior estudo doutrinário, torna possível gerar uma sentença (um parecer ministerial e um acórdão) em minutos *sem fundamentação concreta*.

Outro gênio, Calamandrei, no livro espetacular *Eles, os juízes, visto por um advogado*, lembra o amargor que sentiu por arruinar o seu cliente, pois optara por não defender a tese oposta a que prevalecia em determinado momento nos Tribunais Italianos. Diz o gênio da Universidade de Florença que o fez por sensatez, mas um ano depois a jurisprudência mudou da água para o vinho, concluindo que *' por ter levado demasiado a sério o respeito devido à jurisprudência, fui artífice involuntário da derrota do meu cliente. (p. 161 e 162)*.

Páginas repletas de sabedoria, coragem e de humildade (esta última é virtude escassa no mundo do direito). Faz-se reverência aqui à elevada condição espiritual de Piero Calamandrei.

II.5 - Do direito comparado

O princípio da demanda e característica da inércia não é uma esquisitice tropical, está no CPC português, no CPC Italiano e, embutido no artigo que fala de ação do CPC francês, *verbis*:

ARTIGO 3.º (Necessidade do pedido e da contradição)

1. O tribunal não pode resolver o conflito de interesses que a acção pressupõe

sem que a resolução lhe seja pedida por uma das partes e a outra seja devidamente chamada para deduzir oposição.

Art. 99 Princípio della domanda – Chi vuole far valere um diritto in giudizio deve proporre domanda al giudice competente.

Art. 31. – L'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre um intérêt déterminé.

Conclusão

Por todo o dito, não é possível a fixação de valor percentual de alimentos pelo juízo acima do ofertado pelo autor, sem que haja reconvenção da ré. *Data venia* a jurisprudência contrária.

Assim, opina o Ministério Público seja julgado procedente o pedido, fixando-se a verba alimentar nos termos exatos da petição inicial.

São Fidélis, 20 de maio de 2008.

RAFAEL LUIZ LEMOS DE SOUSA

Promotor de Justiça Mat. 3986