

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
COGEAE**

**CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

**FERNANDA FERNANDES GALLUCI**

**PRINCÍPIOS PROCESSUAIS E ALGUNS ASPECTOS POLÊMICOS  
SOBRE LEGITIMIDADE NO DIREITO DE FAMÍLIA**

**SÃO PAULO  
2015  
FERNANDA FERNANDES GALLUCI**

# **PRINCÍPIOS PROCESSUAIS E ALGUNS ASPECTOS POLÊMICOS SOBRE LEGITIMIDADE NO DIREITO DE FAMÍLIA**

Monografia apresentada ao Curso de Especialização *Lato Sensu* em Direito Processual Civil da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – COGEAE, como requisito parcial para obtenção do título de Especialista, sob orientação do Prof. Leonardo Ferres da Silva Ribeiro.

**SÃO PAULO**

**2015**

**FERNANDA FERNANDES GALLUCI**

**PRINCÍPIOS PROCESSUAIS E ALGUNS ASPECTOS POLÊMICOS  
SOBRE LEGITIMIDADE NO DIREITO DE FAMÍLIA**

Monografia apresentada junto ao Curso de Pós Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo visando a obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil.

**BANCA EXAMINADORA**

---

**Professor Orientador Dr. Leonardo Ferres da Silva Ribeiro**

---

**Professor Arguidor**

---

**Professor Arguidor**

**SÃO PAULO**

**2015**

Ao Professor Leonardo Ferres da Silva  
Ribeiro, pela orientação e por ensinar o  
Direito Processual Civil de forma única.

A Dra. Regina Beatriz Tavares da Silva  
pelo ensinamento diário na área do Direito  
de Família.

*“Isto não é o fim. Não é sequer o princípio do fim. Mas é, talvez, o fim do princípio”*  
(Winston Churchill).

## RESUMO

O presente trabalho monográfico tem como objetivo tratar dos princípios processuais e dos aspectos polêmicos sobre legitimidade no Direito de Família e das Sucessões, abordando a discussão doutrinária e jurisprudencial existente nos temas abordados e a relevância e necessidade de aplicação desses princípios.

**Palavras-chave:** Princípios processuais. Legitimidade. Direito de Família. Direito das Sucessões. Alimentos em vida e *post mortem*. Arbitramento de Aluguel.

## **ABSTRACT**

This monograph aims to address the procedural principles and controversial aspects of legitimacy in Family and Succession Law, addressing the doctrine and jurisprudence in existing discussion topics and the relevance to implement those principles.

**Key words:** Procedural principles. Legitimacy. Family Law. Succession Law. Alimony. Rental.

## SUMÁRIO

1. Introdução.....	11
2. Noções sobre Direito Processual Civil	
2.1. Conceito.....	12
2.2. Diferenciação de processo e procedimento.....	12
2.3. Diferenciação entre direito material e direito processual.....	12
2.4. Modelos de organização do processo.....	13
2.5. Princípios que norteiam o processo.....	14
2.5.1. Conceito de princípio e distinção de princípio e norma jurídica.....	14
2.5.2. Categorias e classificação dos princípios.....	15
2.5.2.1. Princípios omnivalentes e monovolantes.....	15
2.5.2.2. Princípios informativos ou deontológicos e princípios fundamentais ou gerais ou epistemológicos.....	15
2.5.3. Conflito de princípios.....	25
2.6. Elementos da ação.....	26
2.6.1. Partes.....	26
2.6.2. Causa de pedir.....	27
2.6.3. Pedido.....	28
2.7. Condições da ação.....	29
2.7.1. Possibilidade jurídica do pedido.....	29
2.7.2. Legitimidade (ordinária e extraordinária).....	29
2.7.3. Interesse de agir.....	30
3. Noções sobre Direito de Família	
3.1. Conceito e conteúdo do Direito de Família.....	32
3.2. Conceito e natureza jurídica do casamento.....	32
3.2.1. Regime de bens.....	34
3.2.1.1. Comunhão parcial de bens.....	34
3.2.1.2. Comunhão universal de bens.....	35
3.2.1.3. Separação convencional de bens.....	36
3.2.1.4. Separação obrigatória de bens.....	36

3.2.1.5. Participação final dos aquestos.....	37
3.3. Conceito e natureza jurídica da união estável.....	38
3.3.1. Regimes de bens.....	38
4. Legitimidade ativa e passiva na obrigação de alimentos transmitida <i>mortis causa</i>	
4.1. Noções sobre a sucessão <i>mortis causa</i> .....	40
4.2. Alimentos.....	40
4.2.1. Conceito.....	40
4.2.2. Características.....	41
4.2.2.1. Irrenunciabilidade.....	41
4.2.2.2. Incessibilidade.....	41
4.2.2.3. Incompensabilidade.....	43
4.2.2.4. Impenhorabilidade.....	43
4.2.2.5. Imprescritibilidade.....	43
4.2.2.6. Irrepetibilidade.....	43
4.2.3. Requisitos ou pressupostos materiais.....	44
4.2.3.1. Necessidade.....	44
4.2.3.2. Possibilidade.....	44
4.2.3.3. Proporcionalidade.....	44
4.2.3.4. Reciprocidade.....	45
4.2.4. Modalidade dos alimentos.....	45
4.2.4.1. Alimentos provisórios.....	45
4.2.4.2. Alimentos provisionais.....	45
4.2.4.3. Alimentos compensatórios.....	46
4.2.4.4. Alimentos definitivos ou regulares.....	47
4.2.4.5. Alimentos transitórios.....	48
4.3. Requisitos e pressupostos: ação de alimentos <i>post mortem</i> ....	49
4.4. Relação do valor da pensão alimentícia com o valor da herança.....	51
4.5. Prazo de pagamento da pensão alimentícia devida pelo espólio.....	51

5. Legitimidade dos avós para figurar no polo passivo de ação de alimentos	
5.1. Introdução.....	52
5.2. Necessidade de propositura de ação de alimentos em face dos genitores.....	53
5.3. Natureza processual da regra de direito material (chamamento à lide) .....	56
5.4. Condições para fixação da pensão alimentícia.....	58
5.5. Prazo de pagamento dos alimentos.....	59
5.6. Ações de alimentos e mitigação da coisa julgada.....	60
6. Legitimidade do cônjuge para figurar no polo passivo de ação de arbitramento de aluguel de imóvel comum. Conflito entre regimes de comunhão e condomínio.....	62
7. Conclusão.....	67
8. Referências Bibliográficas .....	68

## 1. INTRODUÇÃO

A família é a base da sociedade, chamada célula *mater*, cuja regulamentação é realizada pelo Direito de Família, com relevantes aspectos processuais, entre os quais se destacam os princípios e o instituto da legitimidade, que serão objeto de estudo nesse trabalho.

## 2. NOÇÕES SOBRE DIREITO PROCESSUAL CIVIL

### 2.1. Conceito

Na definição de José Miguel Garcia Medina e Teresa Arruda Alvim Wambier, *"o processo civil é, pois, 'o instrumento que o Estado põe à disposição dos litigantes, a fim de administrar justiça', sendo, assim, método institucional para a resolução de lides"*<sup>1</sup>, cuja finalidade se sobrepõe ao interesse privado das partes.

### 2.2. Diferenciação de processo e procedimento

A diferenciação entre processo e procedimento é relevante, na medida em que, conforme ressaltam José Miguel Garcia Medina e Teresa Arruda Alvim Wambier, *"processo e procedimento referem-se a aspectos diversos de um mesmo objeto, que podem ser visualizados a partir de uma mesma realidade fática"*, pois *"enquanto para o processo importa a finalidade, bem como a relação existente entre os sujeitos do processo (partes e órgão jurisdicional), ao procedimento liga-se a ideia de realização sucessiva de atos, que se manifestam como aspecto exterior ao fenômeno"*<sup>2</sup>.

### 2.3. Diferenciação entre direito material e direito processual

Os doutrinadores Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini ensinam que *"uma das formas de classificar os diversos ramos do Direito consiste em dividi-lo em dois grandes grupos: direito material e direito processual. Regra geral, é possível afirmar que todas as normas que criam, regem e extinguem relações jurídicas, definindo aquilo que é lícito e pode ser feito, aquilo que é ilícito e não deve ser feito, constituem-se normas jurídicas de direito material. Tratam essas normas das relações jurídicas que travam no mundo empírico... regras*

---

<sup>1</sup> MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Processo Civil Moderno: parte geral e processo de conhecimento. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 38.

<sup>2</sup> MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Processo Civil moderno: parte geral e processo de conhecimento. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 62/63.

*que, em resumo, regulam as relações jurídicas em geral... excluída a matéria relativa à disciplina dos fenômenos que passam no processo, inclusive da relação jurídica processual base. Estas últimas, que tratam da disciplina processual, da forma como se fará a veiculação da pretensão, com vistas à solução da lide, têm conteúdo nitidamente vinculado àquilo que acontece em juízo, isto é, quando o litígio chega ao Poder Judiciário ... sob a forma de lide. Estas também proporcionam a criação, modificação e extinção de direitos e obrigações. A diferença está em que lá, nas normas de direito material, há disciplina das relações jurídicas que se travam nos mais diferentes ambientes... ao passo que aqui, no que diz respeito às normas de direito processual, são disciplinados os fenômenos endoprocessuais (que ocorrem dentro do processo) e a própria relação jurídica em que consiste o processo. O relacionamento entre esses dois ramos do Direito - direito material e direito processual - é de instrumentalidade do segundo diante do primeiro, na medida em que é por intermédio do processo que se consegue dar rendimento à norma jurídica de direito material que foi desrespeitada por um dos sujeitos da lide”<sup>3</sup>.*

#### *2.4. Modelos de organização do processo*

Os modelos tradicionais de organização do processo aceitos pela maior parte da doutrina - diz-se maior parte porque há discussões acerca da terminologia - são o modelo adversarial e o modelo inquisitorial ou não adversarial.

O modelo adversarial caracteriza-se pela existência de um conflito do qual cada uma das partes deseja sair vencedora, disputa esta que se estabelece perante um órgão jurisdicional, que haja mediante provocação e cuja função é decidir, de acordo com a atividade processual desenvolvida pelas partes. Nesse modelo, prevalece o princípio dispositivo, sendo que se trata de prevalência e não de utilização exclusiva do mesmo, que pode ser flexibilizado com relação a determinado tema do processo.

Nesse sentido, valioso o ensinamento de Barbosa Moreira: “...fala-se de princípio dispositivo a propósito de temas como o da iniciativa de instauração do processo, o da fixação do objeto litigioso, o da tarefa de coletar provas, o da

---

<sup>3</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; e TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil. v.1. 9ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 54/55.

*possibilidade de auto composição do litígio, o da demarcação de área coberta pelo efeito devolutivo do recurso, e assim por diante. Nada força o ordenamento a dar a todas essas questões, com inflexível postura, respostas de idêntica inspiração”<sup>4</sup>.*

O modelo inquisitorial ou não adversarial, na definição de Fredie Didier Jr., *“organiza-se como uma pesquisa oficial, sendo o órgão jurisdicional o grande protagonista do processo”<sup>5</sup>*. Em virtude dessa estrutura, do poder do Magistrado, prevalece o princípio inquisitivo, orientação preponderante desse modelo. Atente-se para a expressão “preponderante”, que implica na utilização na maior parte dos atos processuais e não em todos esses atos, tendo em vista que esta aplicação pode ser flexibilizada, da mesma forma como ocorre no modelo adversarial.

## *2.5. Princípios que norteiam o processo*

### *2.5.1. Conceito de princípio e distinção de princípio e norma jurídica*

Os princípios, nas lições de Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini, *“são normas 'fundantes' do sistema jurídico. São os princípios que, a rigor, fazem com que exista um sistema. Os princípios jurídicos são também normas jurídicas. Mesmo quando implícitos, não expressos, os princípios jurídicos são obrigatórios, vinculam, impõem deveres, tanto quanto qualquer regra jurídica. A diferença entre as normas jurídicas que são princípios e as demais normas jurídicas (que são - no dizer da doutrina - apenas "regras" e não princípios) reside em que os princípios têm um âmbito de incidência ilimitado, ao passo que as regras contêm em si mesmas as hipóteses específicas em que vão incidir”<sup>6</sup>.*

---

<sup>4</sup> Fredie Didier Jr. *in* TUCCI, José Rogério Cruz e; RODRIGUES, Walter Piva; AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real (Coordenadores) - Processo Civil: Homenagem a José Ignacio Botelho de Mesquita - São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 264.

<sup>5</sup> *in* TUCCI, José Rogério Cruz e; RODRIGUES, Walter Piva; AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real (Coordenadores) - Processo Civil: Homenagem a José Ignacio Botelho de Mesquita - São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 262.

<sup>6</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso avançado de direito civil, volume 1: teoria geral do processo de conhecimento/ Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida, Eduardo Talamini; coordenação Luiz Rodrigues Wambier. 9ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.68.

## 2.5.2. *Categorias e classificação dos princípios*

### 2.5.2.1. *Princípios omnivalentes e monovalentes*

De acordo com Vicente Greco Filho, tendo em vista sua extensão, os princípios podem ser omnivalentes e monovalentes: "*Segundo a extensão de sua aplicabilidade, podem ser omnivalentes, quando informam toda uma ciência; plurivalentes, quando informam vários ramos da mesma ciência; monovalentes, quando atuam em um ramo de determinada ciência*"<sup>7</sup>.

### 2.5.2.2. *Princípios informativos ou deontológicos e princípios fundamentais ou gerais ou epistemológicos*

Existem duas categorias de princípios aplicáveis ao direito processual civil: (i) princípios informativos, que possuem caráter geral e abstrato, aplicando-se a todas as regras processuais, seja de índole constitucional, seja de índole infraconstitucional; e (ii) princípios fundamentais ou gerais do processo civil, que possuem caráter específico de determinado ordenamento jurídico, com características e especificidades próprias.

A referida diferenciação de categorias é também realizada por Vicente Greco Filho, contudo, com terminologia diversa: "*Segundo o modo de atuação, podem ser deontológicos ou epistemológicos: são deontológicos quando se situam no plano do ideal, do dever-ser; são epistemológicos quando atuam diretamente sobre a realidade, deles se extraíndo consequências práticas interpretativas ou integrativas*"<sup>8</sup>.

Os *princípios informativos ou deontológicos* do processo são os seguintes:

#### - *Princípio lógico*

Em virtude de ser o processo uma sequência de atos cuja finalidade é determinada, qual seja, a prolação de sentença, deve existir lógica na concepção

<sup>7</sup> Direito processual civil brasileiro. v.2. 16ª ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 82.

<sup>8</sup> Direito processual civil brasileiro. v.2. 16ª ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 82.

normativa desses atos ao longo do procedimento, ou seja, devem ser previstos e escolhidos meios seguros e eficientes para descoberta da verdade subjacente ao processo.

*- Princípio jurídico*

Todos os atos praticados devem estar rigorosamente de acordo com a lei, assegurando igualdade aos litigantes e justiça na decisão.

*- Princípio político*

A estrutura do processo deve estar de acordo com a estrutura política adotada no país, como forma de garantia social dos direitos sem abnegação da liberdade, de modo que haja equilíbrio entre os poderes do Estado e os direitos individuais de cada cidadão.

*- Princípio econômico*

O processo deve ser acessível a todos os que dele necessitem, inclusive em termos de custo razoável, de modo que a não perder seu objeto ou realizar discriminação com as pessoas menos favorecidas.

*Os princípios fundamentais ou gerais ou epistemológicos do processo civil*

*- Princípio do devido processo legal*

Está previsto no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal<sup>9</sup> e é postulado fundamental de todo o sistema, pois preceitua que todas as consequências processuais que possam sofrer as partes, seja no âmbito da liberdade pessoal, seja no âmbito patrimonial, deve advir de decisão proferida em processo cujo

---

<sup>9</sup> “... Nesse sentido geral, Constituição é a organização de alguma coisa. ... se aplica a todo o grupo, a toda a sociedade, a todo Estado. Designa a natureza peculiar de cada Estado, aquilo que faz ser o que é. Evidentemente, nesse sentido geral, jamais houve e nunca haverá Estado sem Constituição” (Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Curso de Direito Constitucional. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 10/11).

procedimento tenha sido de acordo com as garantias constitucionais fundamentais e com as leis.

*- Princípio da inafastabilidade, da universalidade e da efetividade da tutela jurisdicional*

Está previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal como garantia de que os conflitos serão submetidos ao Poder Judiciário, que utilizará de mecanismos processuais que viabilizem decisões justas<sup>10</sup>, tempestiva e úteis aos jurisdicionados. Esse princípio traz o status positivo do jurisdicionado perante o Estado, em virtude de exigir a tutela jurisdicional, obstando que qualquer norma ou lei impeça esse acesso.

Como ensinam José Miguel Garcia Medina e Teresa Arruda Alvim Wambier, *"modernamente, tem-se pensado em tutela jurisdicional não apenas como resultado, mas também para designar os meios tendentes à sua consecução. O direito à tutela jurisdicional somente terá sido satisfeito de modo apropriado se o Estado oferecer às partes tutela jurisdicional adequada às situações de direito material que lhe forem submetidas. O direito de ação, assim, compreende não apenas a tutela jurisdicional adequada, mas também um processo adequado"*<sup>11</sup>.

*- Princípio do contraditório ou bilateralidade da audiência ou paridade de tratamento*

Considerando como *"pilare do processo civil contemporâneo"*<sup>12</sup>, é uma garantia constitucional, prevista no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, que é diretamente relacionada aos princípios da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição, e preceitua que deve ser assegurado às partes do processo os mesmos direitos e oportunidades no curso do processo e seu procedimento, princípio este está expressamente previsto no artigo 125, inciso I, do Código de Processo Civil.

---

<sup>10</sup> *".. a justiça é o princípio e o problema moral do direito. ... O direito, em suma, privado de moralidade, perde sentido, embora não perca necessariamente império, validade, eficácia. ..."* (Tércio Sampaio Ferraz Jr., Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 356 e 359).

<sup>11</sup> MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Processo Civil moderno: parte geral e processo de conhecimento. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 70.

<sup>12</sup> MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Processo Civil moderno: parte geral e processo de conhecimento. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 71.

Esse princípio é decorrente do princípio constitucional da isonomia<sup>13</sup>, pois o Juiz deve analisar os argumentos postos por ambas as partes antes de decidir, permitindo que participem de forma real e efetiva no processo e se manifestem sobre os argumentos suscitados pela outra parte, tratando-as de maneira igual e, portanto, isonômica.

Vicente Greco Filho ensina que *"o contraditório se efetiva assegurando-se os seguintes elementos: a) o conhecimento da demanda por meio de ato formal de citação; b) a oportunidade, em prazo razoável, de se contrariar o pedido inicial; c) a oportunidade de produzir prova e se manifestar sobre a prova produzida pelo adversário; d) a oportunidade de estar presente a todos os atos processuais orais, fazendo consignar as observações que desejar; e) a oportunidade de recorrer da decisão desfavorável"*<sup>14</sup>.

Em suma, o princípio do contraditório traz a oportunidade de efetiva participação das partes na formação do convencimento do Magistrado que decidirá a causa, permitindo que se manifestem sobre todos os fatos e provas constantes do processo, gerando, dessa forma, pacificação social e justiça nas decisões.

#### *- Princípio da ampla defesa*

Conforme acima exposto, está relacionado ao princípio do contraditório, sendo a garantia das partes de utilização de todos os meios e recursos legalmente previstos para defesa de seus interesses e direitos que estejam *sub judice*, sob pena da ocorrência de cerceamento de defesa.

O processo deve respeitar a ordem dos atos processuais formais estabelecidos em lei, para que seja assegurado às partes o efetivo acesso aos meios legais, processuais e materiais existentes para que possa demonstrar seu direito em juízo, servindo esse princípio como forma de legitimação do processo.

---

<sup>13</sup> "... Fundamentalmente, são dois valores que inspiram a democracia: liberdade e igualdade, cada um desses valores, é certo, com sua constelação de valores secundários..... A igualdade, deste a Antiguidade, é indissoluvelmente associada à democracia. ... não se pode modernamente caracterizar a democracia sem que se abra lugar para a igualdade" (Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Curso de Direito Constitucional. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 99 e 278).

<sup>14</sup> Direito processual civil brasileiro. v.2. 16ª ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 84.

- *Princípio da ação ou da iniciativa da parte ou dispositivo ou ne procedat iudex ex officio*

Estabelece que o processo deve ser promovido e conduzido de acordo com os pedidos formulados pelas partes, assegurando equidistância entre os litigantes e a imparcialidade do Juiz, que deve decidir nos limites da iniciativa da parte. Na esfera do direito processual civil, o Poder Judiciário é inerte - por essa razão, alguns doutrinadores também titulam esse princípio como princípio da inércia -, e agirá, em sentido amplo, quando provocado pelo interessado, em conformidade com o que estabelecem os artigos 2º, 262 e 460 do Código de Processo Civil.

- *Princípio da demanda*

A demanda da parte é que inicia o processo, como estabelece o artigo 2º do Código de Processo Civil, sendo esta manifestação processual do exercício do direito de ação. Assim, o processo se inicia em virtude da demanda da parte, contudo, não poderá encerrar-se também por demanda da parte autora quando já tiver ocorrido a citação da parte ré, devendo ser observado o artigo 267, § 4º, do Código de Processo Civil.

- *Princípio do impulso oficial*

Os atos processuais necessários à solução da lide, com a possível celeridade, não precisam ser requeridos pelas partes, sendo determinados pelo Juiz, responsável pelo impulso processual, pois é ele o *dominus processus*. Ou seja, após a propositura da ação pela parte, seu desenvolvimento ocorrerá por iniciativa do Juiz, de forma célere, como preceituam os artigos 125, inciso II e 262, do Código de Processo Civil.

- *Princípio da ordem consecutiva legal*

O procedimento deve seguir a estrutura ordenada pela lei.

*- Princípio da motivação das decisões judiciais ou da prova formal e da persuasão racional na apreciação da prova*

O Juiz deverá apreciar os fatos e as provas constantes dos autos, sendo limitado o seu poder investigatório à verdade formal, ou seja, aquela que consta do processo. Ao realizar tal apreciação, é livre o conhecimento do Juiz, que deve manifestá-lo de modo fundamentado e coerente, de forma que a conclusão resulte da fundamentação exarada, nos termos do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal e do artigo 131 do Código de Processo Civil, sendo a motivação explícita dos atos decisórios mais do que um princípio, é uma garantia constitucional que, caso não respeitada, enseja a nulidade da sentença.

Isso porque, conforme ensina o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, *"bem diversa da sentença com motivação sucinta é a sentença sem fundamentação, que agride o devido processo legal e mostra a face da arbitrariedade, incompatível com o Judiciário democrático"*<sup>15</sup>

Como observa José Rogério Cruz e Tucci, *"os motivos da sentença têm por escopo imediato, de um lado, iluminar e tornar compreensível a parte dispositiva da decisão, e, de outro, permitir o controle crítico da sentença, para a exata determinação do conteúdo da vontade do juiz e, conseqüentemente, para a verificação dos limites do julgado. A motivação presta-se, em particular, para esclarecer o ato decisório"*<sup>16</sup>.

*- Princípio do juiz natural*

Encontra-se previsto no artigo 5º, inciso LIII, da Constituição Federal, como garantia de que o processo e a sentença advirão de juiz competente ou órgão jurisdicional prévia e regularmente constituído.

Juiz natural é aquele investido regularmente na jurisdição (investidura) e que tem competência constitucional para processar e julgar o conflito submetido ao mesmo.

---

<sup>15</sup> STJ, REsp nº 187/31/PR, 4ª Turma, DJ 25/02/1992.

<sup>16</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e; RODRIGUES, Walter Piva; AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real (Coordenadores) - Processo Civil: Homenagem a José Ignacio Botelho de Mesquita - São Paulo: Quartier Latin, 2013. p.31.

Esta previsão existe a fim de garantir a imparcialidade do juiz e do órgão julgador, asseguradas pelos artigos 134 e 135 do Código de Processo Civil, que garante ao jurisdicionado a possibilidade de suscitar impedimento e suspeição do magistrado.

Acerca da referida imparcialidade, acrescenta-se o ensinamento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho sobre a mesma no âmbito da organização do Poder Judiciário: *“as garantias constitucionais da imparcialidade dos magistrados são as que os proíbem de dedicar-se a certas atividades, porque os comprometeriam com determinados interesses. Na Constituição atual, o art. 95, parágrafo único, veda a todo membro do Judiciário, sob pena de perda de cargo: 1) exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério; 2) receber, sob qualquer pretexto, percentagens ou custas nas causas sujeitas a seu despacho e julgamento; 3) exercer atividade político-partidária. A violação a qualquer destas proibições enseja a perda do cargo após processo perante o Tribunal a que estiver vinculado o magistrado”*<sup>17</sup>.

Está relacionada a esse princípio a vedação dos tribunais de exceção (artigo 5º, inciso XXXVII, da Constituição Federal), cuja criação deve ocorrer previamente aos fatos geradores da lide que será submetida à sua apreciação, com estabelecimento de competência expressa para apreciação desses fatos, na Constituição Federal.

#### - Princípio da oralidade e imediação

Tem em vista a busca da verdade real ao estabelecer que a prova oral, quando necessária, deve ser colhida em audiência, a fim de julgar a matéria com o menor número de atos processuais, conforme estabelece o artigo 336 do Código de Processo Civil.

O princípio da oralidade engloba outros três subprincípios ou elementos:

(i) princípio da identidade física do Juiz: está previsto no artigo 132 do Código de Processo Civil e estabelece que a prova oral deverá ser colhida pelo Juiz que irá julgar o processo, pois terá contato direto com as partes e suas testemunhas e, portanto, melhores condições de prolatar a sentença.

---

<sup>17</sup> FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 250

(ii) princípio da imediatidade: sua previsão está no artigo 446, inciso II, do Código de Processo Civil e significa que o Juiz deverá colher as provas de forma pessoal e direta, sem o auxílio de terceiros, exatamente tendo em vista a prolação de uma sentença justa.

(iii) princípio da concentração da causa: se encontra expresso nos artigos 455 e 456 do Código de Processo Civil e estabelece que todos os atos processuais devem ocorrer o mais próximo possível uns dos outros, com o objetivo de prolatar uma sentença justa e célere.

#### - *Princípio da publicidade*

É garantia constitucional trazida pelos artigos 5º, inciso LX, e 93, inciso IX, da Constituição Federal, de que os atos processuais são públicos e todos podem acompanhar a distribuição da justiça, como garantia democrática, bem jurídico de relevância superior ao interesse individual das partes. Trata-se de forma de controle da atividade jurisdicional pelas partes e garantia da lisura do procedimento adotado.

Esse princípio pode ser flexibilizado nas hipóteses do artigo 155, incisos I e II, do Código de Processo Civil, quando o processo tramitará sob sigilo de justiça e será acessível às partes e seus advogados, ou seja, não será secreto, contudo, preservará a intimidade das partes em virtude da natureza íntima das questões debatidas no processo.

#### - *Princípio da lealdade processual*

Segundo José Miguel Garcia Medina e Teresa Arruda Alvim Wambier, "é postulado ético imposto pelo sistema normativo" e diz respeito "não apenas às partes, a terceiros etc., mas, também, ao órgão jurisdicional"<sup>18</sup>, ou seja, as partes e demais envolvidos no processo devem atuar de forma leal, com boa-fé, devendo atos desleais e atentatórios à dignidade da justiça (artigos 14, 125, inciso III, 600, do Código de Processo Civil), que impedem a realização do direito no caso concreto, serem coibidos e penalizados com condenação em litigância de má-fé, previstas nos

---

<sup>18</sup> MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Processo Civil Moderno: parte geral e processo de conhecimento. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.p. 59.

artigos 16 e 17 do Código de Processo Civil. A pena de litigância de má-fé tem caráter sancionatório e, ainda, de recomposição das perdas e danos causadas por aquele que age de tal forma, como estabelece o artigo 18 do Código de Processo Civil. O pagamento da multa estabelecida no referido artigo de lei é medida que se impõe para assegurar à dignidade da justiça e, caso não realizado, pode ocasionar a inscrição do devedor na dívida ativa, da União ou do Estado, a depender do órgão prolator da decisão condenatória.

Os referidos atos podem ser, também, coibidos mediante a determinação de riscadura de expressões injuriosas, ou seja, inadequadas a um processo judicial e ao dever de urbanidade que deve nortear a relação das partes, nos termos do artigo 15 do Código de Processo Civil.

*- Princípio da celeridade ou da razoável duração do processo<sup>19</sup>*

Garantia constitucional que constitui desdobramento do princípio estabelecido no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, foi acrescida aos artigos 5º, inciso LXXVIII, e 93, inciso XII, da Constituição Federal, pela Emenda Constitucional nº 45/2004, a fim de garantir que a tramitação dos processos será realizada de modo célere e que a atividade jurisdicional será ininterrupta, com a distribuição imediata dos processos, em todos os graus de jurisdição. Esse princípio fundamenta-se no fato de que somente pode ser considerada eficaz a tutela jurisdicional prestada tempestivamente, sob pena de perder sua eficácia e tornar-se inócua. Assim, esse princípio possui dois aspectos; o primeiro é a razoável duração do processo e o segundo a celeridade em sua tramitação.

A crítica trazida pelo ordenamento jurídico a este princípio reside no fato de que a lei não estabelece definição para “razoável duração do processo”, de modo que o controle de aplicação do princípio torna-se complicado, vez que essa razoabilidade variará de caso a caso e de acordo com juízo subjetivo de cada um.

---

<sup>19</sup> Acerca desse princípio, leia-se o seguinte v. acórdão prolatado pelo Superior Tribunal de Justiça: “... O processo é instrumento de satisfação do interesse público na composição dos litígios e dois princípios de igual importância convivem e precisam ser respeitados - o da celeridade e o do contraditório -, que, muitas vezes, tidos como antagônicos, em verdade não o são. Deve o magistrado, usando seu bom senso, para não infringir o princípio do contraditório, coibir atos que atentem contra a dignidade da justiça, impedindo que o processo se transforme em meio de eternização das ações e seja utilizado como arma para o não cumprimento das decisões judiciais...” (REsp nº 165.285/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ 02/08/1999).

O artigo 1.211-A do Código de Processo Civil, que estabelece prioridade na tramitação de processos *"em que figure como parte ou interessado pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, ou portadora de doença grave"*, foi elaborado em consonância com esse princípio, assegurando a efetividade da prestação jurisdicional e, também, o respeito à dignidade da pessoa humana.

*- Princípio da fungibilidade*

Existe discussão doutrinária sobre a manutenção ou não do referido princípio em nosso ordenamento jurídico, em razão de ter sido suprimido do atual Código de Processo Civil - no anterior, continha previsão expressa no artigo 810 -, contudo, segundo ensinam Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini, esse princípio é *"um princípio do processo, descendente direto do princípio da instrumentalidade das formas, extremamente relevante para o jurista que tem uma visão pragmática do direito"*<sup>20</sup>.

*- Princípio da economia processual*

Implica em assegurar a escolha da alternativa legal menos onerosa para as partes do processo, o que inclui o aproveitamento de atos processuais e a instrumentalidade das formas (artigos 244 e 248, do Código de Processo Civil).

A análise das formalidades processuais deve ocorrer tendo em vista a finalidade pretendida em lei e não a forma em si mesma, porém, não pode ser este princípio invocado para afastar normas procedimentais previstas de forma expressa em lei, sob pena de violação do devido processo legal.

Esse princípio possui duas interpretações ou sentidos em nossa doutrina. O primeiro é relacionado ao direito de ação e significa que as custas processuais devem ser razoáveis, de modo a não implicar em restrição do acesso dos jurisdicionados ao Poder Judiciário, preocupação esta expressa na Súmula 667 do

---

<sup>20</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso avançado de direito civil, volume 1: teoria geral do processo de conhecimento/ Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida, Eduardo Talamini; coordenação Luiz Rodrigues Wambier. 9ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.74.

Superior Tribunal Federal<sup>21</sup>. O segundo está relacionado à obtenção de maiores resultados com menor emprego possível de atividade jurisdicional.

*- Princípio do duplo grau ou da pluralidade de graus de jurisdição*

Garante a possibilidade de reexame da decisão por meio de recurso, vez que toda decisão ou sentença está sujeita, em regra, a reexame por instância superior. Esse reexame ocorrerá por órgão colegiado, sempre mediante provocação da parte que se sentir prejudicada por essa decisão ou sentença.

O princípio em comento tem em vista submeter à análise de magistrados mais experientes do que aquele que prolatou a decisão recorrida, tendo em vista reduzir e possibilidade de erros judiciários, assegurando às partes maior segurança jurídica.

*- Princípio da proporcionalidade*

É aquele que assegura a efetiva aplicação dos princípios que regem nosso ordenamento jurídico, inclusive na hipótese em que estejam em conflito, garantindo que o princípio de maior relevância ao caso seja aplicado e afastando a aplicação do princípio conflitante. Exemplo clássico da aplicação do princípio da proporcionalidade é admitir como prova uma gravação não autorizada e obtida por meio clandestino, mas que é a única prova de abuso sexual praticado contra uma criança. Nessa hipótese, pelo princípio da proporcionalidade, afasta-se o princípio da proibição da prova ilícita em favor do princípio da dignidade da pessoa humana.

### 2.5.3. Conflito de princípios

Como ensina Luiz Guilherme Marinoni, “os princípios expressam concepções e valores que estão indissociavelmente ligados ao ambiente cultural” e, diante das constantes mudanças sociais e culturais, os princípios precisam ser redimensionados para adaptarem-se às mesmas, o que faz com que sejam “*frutos do pluralismo e marcados pelo seu caráter aberto*”, de modo que precisam conviver uns com os outros, inexistindo hierarquia.

---

<sup>21</sup> “Viola a garantia constitucional de acesso à jurisdição a taxa judiciária calculada sem limite sobre o valor da causa”.

Ocorre que, em certas hipóteses, os princípios conflitam entre si. Nessas ocasiões de conflito, deve se usar a proporcionalidade, a fim de verificar qual princípio prevalecerá naquele determinado caso, tendo em vista que *“na hipótese de colisão de princípios, a questão é de peso. Quando há colisão de princípios, um deve ceder diante do outro, conforme as circunstâncias do caso concreto. De modo que não há como se declarar a invalidade do princípio de menor peso, uma vez que ele prossegue íntegro e válido no ordenamento, podendo merecer prevalência, em face do mesmo princípio que o precedeu, diante de outra situação concreta”*<sup>22</sup>.

## 2.6. Elementos da ação

A ação é identificada segundo os seguintes elementos: partes, causa de pedir e pedido (teoria da tríplice identidade).

Os elementos da ação têm especial relevância para o controle do Poder Judiciário de distribuição de processos, pois permite a identificação de litispendência e de coisa julgada (artigo 301, § 1º e 2º, do Código de Processo Civil), verificação de conexão, continência e prevenção e para que haja segurança jurídica.

### 2.6.1. Partes

Partes *“são aquelas que pedem e aquelas contra quem se pede a tutela jurisdicional”*<sup>23</sup>.

*“O autor é aquele que, em nome próprio, vem a juízo para expor sua pretensão e formular o pedido diante da jurisdição. O réu, que é o outro dos sujeitos parciais da ação e do processo, é aquele em direção a quem ou contra quem o autor formulou o pedido de tutela jurisdicional”*<sup>24</sup>.

As partes são aquelas que participam da relação processual com o Estado/Juiz e, como titulares do direito material, observam os deveres e os ônus processuais e devem ter capacidade processual para pleitear a tutela jurisdicional, o

---

<sup>22</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo. V.1. 3ª ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 53/55.

<sup>23</sup> MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Processo Civil Moderno: parte geral e processo de conhecimento. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 87.

<sup>24</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; e TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil. v.1. 9ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 127.

que significa aptidão para exercitar direitos em juízo. As partes estão sujeitas ao que for decidido no processo.

Conforme ensina Teresa Arruda Alvim Wambier, capacidade processual não se confunde com legitimidade processual, pois "*capacidade processual é a aptidão conferida pela lei processual, que absorveu os critérios da lei civil (art. 7º do CPC) e ainda criou outras situações (v.g., art. 12, V e § 2º, do CPC) para agir em juízo. Esta aptidão tem caráter genérico. Legitimidade processual é a situação jurídica específica que liga o sujeito, que tem a condição genérica de capacidade processual, a um dado objeto e/ou a outro sujeito determinado. No caso do processo, verifica-se quando a lei processual outorga a alguém a possibilidade de exercer concretamente a sua capacidade processual em relação a determinada situação*"<sup>25</sup>.

Os maiores de 18 anos, capazes, possuem capacidade processual e podem outorgar procuração para serem representados em Juízo por advogado, que deve ter capacidade postulatória, ou seja, aptidão para pleitear algo judicialmente, sob pena de os atos serem considerados juridicamente inexistentes (artigo 37 do Código de Processo Civil). Os menores de 16 anos devem ser representados por seus representantes legais e os que contem entre 16 e 18 anos, devem ser assistidos pelos mesmos, nos termos dos artigos 4º e 1.690 do Código Civil<sup>26</sup>.

### 2.6.2. Causa de pedir

Causa de pedir (*causa petendi*) é a razão do pedido, composta pelos fatos e fundamentos jurídicos que embasam a pretensão do autor, ou seja, os motivos que levaram a parte a buscar o Poder Judiciário, motivos estes que são apresentados na petição inicial, tendo em vista que "*o Código de Processo Civil brasileiro adotou a teoria da substanciação, pela qual são necessárias, muito mais do que a*

---

<sup>25</sup> MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo Civil Moderno: parte geral e processo de conhecimento*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.p.88, nota de rodapé 41.

<sup>26</sup> "*Havendo representação ou assistência, como forma de integração de capacidade da parte pessoa física, é importante sublinhar serem partes única e exclusivamente o representado e o assistido*" (WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; e TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. v.1. 9ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 234).

*fundamentação jurídica, a alegação e descrição dos fatos sobre os quais incide o direito alegado como fundamento do pedido*<sup>27</sup>.

Causa de pedir é a descrição do conflito e sua repercussão jurídica, no âmbito pessoal ou patrimonial do autor, sendo assim classificada:

a) causa de pedir remota ou fática: é a descrição dos fatos constitutivos do direito do autor que compõe o conflito, ou seja, a indicação de como ocorreu a lesão ao direito do autor, de forma concreta.

b) causa de pedir próxima ou jurídica: é a descrição da consequência jurídica ocasionada pela lesão ao direito do autor. Note-se que essa descrição não se confunde com a mera indicação dos dispositivos legais aplicáveis ao caso *sub judice*, sendo necessária a demonstração de que os fatos narrados pelo autor geram violação a seus direitos na esfera jurídica.

O ordenamento jurídico brasileiro adota a teoria da substanciação da causa de pedir, o que importa na descrição dos fatos jurídicos para a análise da identidade de ações e delimitação do conhecimento do juiz quando da prolação de sentença de mérito.

### 2.6.3. Pedido

Na doutrina, o pedido, além de elemento da ação, é também intitulado objeto da ação, ou seja, as expressões pedido e objeto são empregadas por alguns doutrinadores como sendo sinônimos.

O pedido é a pretensão do autor e pode ser imediato e mediato. O pedido imediato é a exigência formulada contra o juiz, buscando a tutela jurisdicional – de cognição (condenatória, constitutiva ou declaratória), executiva ou cautelar. O pedido mediato é aquele formulado em face do réu, ou seja, a pretensão do autor de recebimento do bem jurídico pleiteado, em virtude do desrespeito de seu direito.

---

<sup>27</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; e TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil. v.1. 9ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 129.

## *2.7. Condições da ação*

São as condições ou requisitos que a parte deve preencher para que o Poder Judiciário possa receber o processo e julgá-lo, prolatando decisão definitiva para solucionar a lide posta.

As condições da ação, enumeradas pelo Código de Processo Civil de forma não taxativa, são as seguintes:

### *2.7.1. Possibilidade jurídica do pedido*

O pedido formulado pelo autor na petição inicial da ação não pode ser vedado pela lei, sob pena de, ao deduzir pedido juridicamente impossível, ser indeferida a petição inicial inepta (artigo 295, inciso I, parágrafo único, inciso III).

Na petição inicial, são formulados dois pedidos, o mediato e o imediato. O pedido mediato é aquele baseado no direito material e formulado em face do réu, visando à entrega do direito objetivo violado pelo réu. O pedido imediato possui natureza processual, é formulado em face do Estado-Juiz, tendo em vista que o autor exige do Estado a prolação de sentença que sujeite o réu a entrega do bem ou direito buscado pelo autor, ou seja, o indeferimento desse pedido importa na improcedência da demanda, nos termos do artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil. Assim, apenas a possibilidade jurídica do pedido imediato é condição da ação, pois equivale a impossibilidade de manifestação jurisdicional sobre o direito invocado na petição inicial, ensejando a extinção da ação sem julgamento do mérito, em conformidade com o que determina o artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil.

### *2.7.2. Legitimidade*

É a regularidade para exercer o direito de ação de uma certa pessoa sobre certo objeto. A legitimidade é classificada da seguinte forma:

### - *Legitimidade ordinária*

Os titulares dos interesses e/ou direitos são aqueles que possuem legitimidade ordinária para figurar em ação judicial. O autor da ação deve ser o titular da pretensão e o réu aquele que resiste a essa pretensão, ou seja, deve haver “coincidência entre as partes da relação de direito material e de direito processual”<sup>28</sup>.

### - *Legitimidade extraordinária*

Há casos de legitimidade extraordinária, nos quais ausenta a referida coincidência, mas que a lei autoriza, de forma expressa, que terceiros ingressem em processo judicial, em nome próprio, para defender direito de terceiro, como substituto processual (artigo 6º do Código de Processo Civil).

A legitimidade extraordinária pode ser subordinada ou autônoma, caracterizando-se a primeira quando é indispensável a presença do legitimado ordinário e a segunda quando há independência completa do legitimado extraordinário para com o ordinário. Ainda quanto à legitimidade autônoma, pode ser classificada como exclusiva ou concorrente, quando o legitimado extraordinário puder agir isoladamente (na hipótese de poder agir a qualquer tempo, é caso de legitimidade extraordinária autônoma concorrente primária, e se depender da provocação do legitimado ordinário, é caso de legitimidade extraordinária autônoma concorrente secundária) e quando legitimados ordinário e extraordinários deverem agir em conjunto, respectivamente.

### 2.7.3. *Interesse de agir*

O interesse de agir é verificado mediante a análise do binômio necessidade-adequação ou necessidade-utilidade, expressões utilizadas pela doutrina e que não possuem diferença substancial. A presença desse binômio viabiliza a apreciação da pretensão do autor pela Poder Judiciário.

---

<sup>28</sup> MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo Civil Moderno: parte geral e processo de conhecimento*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 112.

Necessidade implica na demonstração da imprescindibilidade de propositura da ação e interferência do Poder Judiciário para proteção e entrega do bem jurídico buscado pelo autor. Adequação implica na formulação de pedido pelo autor de forma adequada e apta a alcançar o bem jurídico buscado.

### 3. NOÇÕES SOBRE DIREITO DE FAMÍLIA

#### 3.1. Conceito e conteúdo do Direito de Família

Como ensina Regina Beatriz Tavares da Silva, Direito de Família é um ramo do Direito Civil, parte do Direito Privado, que recebe especial proteção do Estado e disciplina a organização da família e de suas relações, "*núcleo fundamental, a base mais sólida em que repousa toda a organização social*"<sup>29</sup>.

Carlos Roberto Gonçalves ressalta que "*o direito de família é, de todos os ramos do direito, o mais intimamente ligado à própria vida, uma vez que, de modo geral, as pessoas provêm de um organismo familiar e a ele conservam-se vinculadas durante a sua existência, mesmo que venham a constituir nova família pelo casamento ou pela união estável*"<sup>30</sup>

Alexandre de Moraes observa que "*a família é a base da sociedade e, constitucional e legalmente, tem especial proteção do Estado*"<sup>31</sup>.

#### 3.2. Conceito e natureza jurídica do casamento

O casamento, regulado pelos artigos 1.511 e ss. do Código Civil, segundo ensina Regina Beatriz Tavares da Silva, é "*a comunhão de vidas entre dois seres humanos, que tem em vista a realização de cada qual, baseada no afeto, com direitos e deveres recíprocos, pessoais e materiais*", tendo como caracteres sua natureza de ordem pública, a exclusividade ou monogamia, a comunidade de vida para os cônjuges e a ausência de termo ou condição, por se tratar de negócio jurídico puro e simples<sup>32</sup>, que deve observar as normas de nosso ordenamento jurídico<sup>33</sup>.

---

<sup>29</sup> TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz; MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil: direito de família. v.2. 42ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.15.

<sup>30</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Direito de Família. v. VI. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 1.

<sup>31</sup> MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 740.

<sup>32</sup> TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz; MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil: direito de família. v.2. 42ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.49/50.

<sup>33</sup> artigos 1.565 a 1.570 do Código Civil

A natureza jurídica do casamento possui três concepções: (a) contratualista; (b) supraindividualista ou institucionalista; e (c) eclética.

De acordo com a *concepção contratualista*, trazida pelo Código Civil de Napoleão, o casamento é uma relação contratual, estabelecida por acordo mútuo entre os cônjuges, aplicando-se ao mesmo às normas contratuais, sendo um contrato especial no âmbito do Direito de Família face as suas peculiaridades. Essa concepção é defendida por Regina Beatriz Tavares da Silva, por se tratar de contrato de direito privado, que exige capacidade das partes<sup>34</sup>, observância de formalidades para sua formação<sup>35</sup>, impedimentos legais, causas suspensivas<sup>36</sup> e causas de invalidade, tal como ocorre com os demais tipos de contratos de direito privado<sup>37</sup>. O casamento, na sua formação, tem elementos de direito público na sua declaração, que complementa o acordo de vontade dos contraentes na sua celebração, por meio da presença obrigatória do Poder Público, nos termos do artigo 1.514 do Código Civil, posição esta que nos parece a mais completa e adequada.

A *concepção supraindividualista ou institucionalista* define o casamento como uma instituição social, um estado no qual os nubentes ingressam livremente, por vontade própria, mas que tem sua forma e regulamentação advinda da lei. Essa concepção é adotada por Maria Helena Diniz, que defende a impossibilidade de definir o casamento como um contrato, por ser a mais importante das transações humanas, no qual não basta o elemento volitivo, sendo necessária a intervenção da lei para sancionar e homologar o acordo celebrado pelos nubentes e, no caso de separação ou de divórcio, o cumprimento de formalidades legais e não mero distrato.

A *concepção eclética* abrange as outras duas concepções, acima indicadas, definindo o casamento como ato complexo que é, simultaneamente, contrato e instituição social.

---

<sup>34</sup> artigos 1.517 a 1.520 do Código Civil

<sup>35</sup> artigos 1.525 a 1.542 do Código Civil

<sup>36</sup> artigos 1.521 a 1.524 do Código Civil

<sup>37</sup> artigos 1.548 a 1.564 do Código Civil

### 3.2.1. Regime de bens

O regime de bens do casamento é o estatuto patrimonial dos cônjuges, pactuado livremente entre eles - exceto nas hipóteses do artigo 1.641 do Código Civil, como será abaixo detalhado - e começa a vigorar desde a data do casamento até o fim da sociedade conjugal ou até a modificação do regime de bens.

A alteração do regime de bens no curso do casamento é possível, em conformidade com o artigo 1.639, § 2º, do Código Civil, desde que haja autorização judicial, advinda de pedido fundamentado, formulado conjuntamente pelos cônjuges, no qual deve ser demonstrado que estão preservados os direitos de terceiros.

Os regimes de bens previstos em nosso ordenamento jurídico são aqueles a seguir explicitados.

#### 3.2.1.1. Comunhão parcial de bens

Conhecido como regime legal desde o advento da Lei nº 6.515/77, ou seja, na falta de pacto antenupcial ou caso este seja nulo ou ineficaz, o regime será o da comunhão parcial de bens. É o único regime que não exige a celebração de pacto antenupcial por escritura pública, bastando a indicação do mesmo quando da habilitação para o casamento.

Nesse regime comunicam-se todos os bens que sobrevierem na constância do casamento, a título oneroso, indicados no artigo 1.660 do Código Civil, independentemente da contribuição financeira direta ou indireta de cada um dos cônjuges, com as seguintes exceções, previstas no artigo 1.659 do Código Civil: (i) os bens que cada cônjuge possuir ao casar e aqueles que sobrevierem na constância do casamento por doação ou sucessão e aos sub-rogados em seu lugar; (ii) bens adquiridos com valores que pertençam apenas a um dos cônjuges em sub-rogação de bens particulares; (iii) obrigações anteriores ao casamento, salvo se o outro tiver se beneficiado ou lucrado com as mesmas, sendo a responsabilidade, segundo Clóvis Beviláqua, "*proporcional à vantagem obtida*"<sup>38</sup>, orientação que se encontra em conformidade com os artigos 1.664 e 1.666 do Código Civil; (iv) obrigações advindas de atos ilícitos que não tenham revertido em benefício dos

---

<sup>38</sup> Alexandre Guedes Alcoforado Assunção *in* Código Civil Comentado. 9ª ed. Coord. Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1.621.

cônjuges, vez que, se comprovadamente houve proveito para o casal, a responsabilidade é solidária; (v) bens de uso pessoal e profissional; (vi) proventos de trabalho pessoal de cada um dos cônjuges. Observe-se que há Projeto de Lei em tramitação na Câmara dos Deputados<sup>39</sup>, para que entrem na comunhão, tendo em vista que a maior parte do patrimônio das pessoas é adquirido com os proventos de seu trabalho. Independentemente da pretensão de alteração legislativa, o Superior Tribunal de Justiça tem adotado posicionamento, que não se encontra consolidado naquela Corte Superior, no sentido de que os proventos em si permanecem incomunicáveis, contudo, os rendimentos respectivos são bens comuns e, portanto, comunicáveis entre os cônjuges; e (vii) pensões, meio-soldos, montepios e rendas semelhantes, em virtude do caráter pessoal dos mesmos.

No regime da comunhão parcial de bens, a administração dos bens pode ser exercida por qualquer dos cônjuges e, no caso de malversação dos bens, pode ser formulado pedido judicial de administração dos mesmos por apenas um dos cônjuges, em conformidade com o artigo 1.663, *caput* e § 3º, do Código Civil.

### 3.2.1.2. *Comunhão universal de bens*

Foi o regime de legal brasileiro por muitos anos, até o advento da Lei nº 6.515/77, que instituiu como regime legal o da comunhão parcial de bens, como acima exposto. Estabelecido por escritura pública, no regime da comunhão universal comunicam-se todos os bens dos cônjuges, presentes e futuros, assim como suas dívidas, como uma verdadeira sociedade, regulada por normas próprias.

A comunicabilidade de bens possui as seguintes exceções, estabelecidas no artigo 1.668 do Código Civil: (i) bens doados ou herdados com cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar. Inobstante não expressamente previstos em lei, aqui se incluem, também, os bens doados com cláusula de reversão (artigo 547 do Código Civil) e com cláusula de inalienabilidade, vez que esta importa na incomunicabilidade, como estabelecido no artigo 1.911 do Código Civil e na Súmula 49 do Superior Tribunal de Justiça; (ii) bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva, por ser a propriedade restrita e resolúvel; (iii) dívidas anteriores ao

---

<sup>39</sup> PL 699/2011 - <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=494551>

casamento que não forem comprovadamente advindas de seus aprestos ou utilizadas em benefício do casal; (iv) doações feitas por um cônjuge ao outro, antes de casar, com cláusula de incomunicabilidade; (v) bens de uso pessoal, profissional, livros e proventos de trabalho pessoal; (vi) pensões, meio-soldos, montepios e rendas semelhantes, porque o direito ao recebimento dessas vantagens é inalienável e a comunicação com o outro cônjuge importaria em sua divisão pela metade. Essa hipótese não encontra respaldo doutrinário, vez que *"não faz sentido a exclusão dos rendimentos do trabalho, porque implicaria a exclusão de todos os bens adquiridos com esses rendimentos ante a sub-rogação"*<sup>40</sup>. Por essa razão, há Projeto de Lei em tramitação na Câmara dos Deputados<sup>41</sup>, para que passem a integrar a comunhão. O Superior Tribunal de Justiça tem adotado posicionamento, ainda divergente naquela Corte Superior, no sentido de que os proventos em si permanecem incomunicáveis, contudo, os frutos percebidos e vencidos no curso do casamento são bens comuns e, portanto, comunicáveis.

No regime da comunhão universal, a administração dos bens é realizada conjuntamente entre os cônjuges, em espírito de colaboração e com igualdade, nos termos do artigo 226, § 5º, da Constituição Federal e artigos 1.670 e 1.663 do Código Civil.

### 3.2.1.3. *Separação convencional de bens*

O regime, estabelecido no artigo 1.639 do Código Civil, é instituído por pacto antenupcial lavrado por escritura pública em razão da vontade dos cônjuges, estabelece a incomunicabilidade dos bens de cada cônjuge, que pode administrar e dispor de seus bens da forma que melhor lhe aprouver, em virtude da completa separação do patrimônio.

### 3.2.1.4. *Separação obrigatória de bens*

Importa na incomunicabilidade dos bens presentes e futuros e independe da vontade dos cônjuges, sendo o regime obrigatório das pessoas que contraírem

---

<sup>40</sup> Alexandre Guedes Alcoforado Assunção *in* Código Civil Comentado. 9ª ed. Coord. Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1.631.

<sup>41</sup> PL 699/2011 - <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=494551>

casamento sem observar as causas suspensivas de celebração, dos maiores de setenta anos de idade e de todos que dependerem de suprimento judicial para se casarem, em virtude de rol do artigo 1.641 do Código Civil. Caso superada a causa que impôs a obrigatoriedade do regime da separação de bens, poderá este ser alterado, conforme Enunciado 262 da III Jornada de Direito Civil<sup>42</sup>.

A Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal estabelece que *"no regime de separação legal de bens, comunicam-se os bens adquiridos na constância do casamento"*, tendo em vista que a comunhão de vida pressupõe a colaboração e o esforço comum na aquisição dos aquestos.

A referida súmula *"teve a finalidade de evitar enriquecimento ilícito daquele que tem os bens em seu nome, embora as respectivas aquisições sejam provenientes de esforço comum"*, como destaca Regina Beatriz Tavares da Silva<sup>43</sup>.

### 3.2.1.5. Participação final dos aquestos

Esse regime de bens do casamento foi introduzido em nosso ordenamento jurídico pelo Código Civil de 2002, em seus artigos 1.672 a 1.686. É um regime híbrido, instituído por pacto antenupcial por escritura pública, que adota os princípios da separação de bens durante o casamento e da comunhão parcial de bens na dissolução da sociedade conjugal<sup>44</sup>.

Na definição de Rolf Madaleno *"o regime econômico da sociedade conjugal com participação final nos aquestos é constituído pelos bens obtidos individualmente pelos cônjuges, ou por ambos, que passam a integrar uma massa comum por ocasião da liquidação da sociedade matrimonial, sendo repartidos os aquestos"*<sup>45</sup>. Em virtude dessa expectativa de direito, atos de alienação, doação e gravames de ônus real bens imóveis exigem a outorga do outro cônjuge, exceto quando o pacto antenupcial estabeleça a livre disposição dos bens.

---

<sup>42</sup> "Arts. 1.641 e 1.639: A obrigatoriedade da separação de bens, nas hipóteses previstas nos incs. I e III do art. 1.641 do Código Civil, não impede a alteração do regime, desde que superada a causa que o impôs".

<sup>43</sup> *in* Código Civil Comentado. 9ª ed. Coord. Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1.603.

<sup>44</sup> TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz; MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil: direito de família. v.2. 42ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 309.

<sup>45</sup> Direito de Família e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 171.

As particularidades desse regime de bens são destacadas por Silvio Rodrigues: "*a participação se faz sobre os incrementos patrimoniais, mas de forma contábil; vale dizer, após a compensação de bens, aquele cônjuge em desvantagem passa a ter um crédito consistente na diferença apurada e não parcela sobre o bem indivisível*"<sup>46</sup>, excluindo-se da partilha (i) os bens sub-rogados no lugar de bens existentes antes do casamento; (ii) os bens que sobrevierem a cada cônjuge por sucessão ou liberalidade; e (iii) as dívidas relativas a esses bens, em conformidade com o artigo 1.674 do Código Civil.

### 3.3. Conceito e natureza jurídica de união estável

A união estável, conforme preceitua o artigo 1.723 do Código Civil, é a união entre pessoas de sexos diferentes ou do mesmo sexo<sup>47</sup>, que não se enquadrem nos impedimentos do artigo 1.521 do Código Civil, união esta que surge no plano dos fatos, com convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com a constituição de família, com a observância dos deveres de lealdade, respeito e assistência material e imaterial e guarda, sustento e educação dos filhos, previstos no artigo 1.724 do Código Civil.

Como ensina Silvio de Salvo Venosa, "*a união estável é um fato jurídico, qual seja, um fato jurídico que gera efeitos jurídicos*"<sup>48</sup>, formando-se com o decorrer do tempo, no plano dos fatos, da vida dos conviventes.

#### 3.3.1. Regime de bens

Na ausência de contrato escrito entre os companheiros, aplica-se o regime da comunhão parcial de bens, o mesmo regime legal do casamento, conforme estipula o artigo 1.725 do Código Civil. Nessa hipótese, a união será regulada pelos artigos 1.639 a 1.666 do Código Civil, aplicando-se todo o exposto acima.

---

<sup>46</sup> Direito Civil: Direito de Família. 27ª ed. atual. por Francisco José Cahali, São Paulo: Saraiva, 2002. v.6. p. 219.

<sup>47</sup> Em virtude do v. acórdão prolatado pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 132, nas quais decidiu-se que o artigo 1.723 do Código Civil se aplica também às uniões estáveis homossexuais.

<sup>48</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Direito de família. v. 6. 3º ed. São Paulo: Atlas S.A., 2003. p. 50.

Os companheiros podem, por meio de escritura pública, optar por estipular qualquer dos regimes de bens previsto para o casamento, acima detalhados.

## 4. LEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA NA OBRIGAÇÃO DE ALIMENTOS TRANSMITIDA *MORTIS CAUSA*

### 4.1. Noções sobre a sucessão *mortis causa*

Segundo Orlando Gomes, *“Direito das Sucessões é a parte especial do Direito Civil que regula a destinação do patrimônio de uma pessoa depois de sua morte”*<sup>49</sup>. A sucessão pode ser a título universal, no caso dos herdeiros, e a título singular, no caso dos legatários.

Arnoldo Wald observa que *“os conceitos de herança e sucessão têm sido obscurecidos pela sinonímia que entre ambos quiseram estabelecer. Na realidade, a sucessão é o modo de transmitir direitos, sendo a sucessão geralmente entendida como sucessão hereditária, ou seja, *mortis causa*. Mas por sucessão também se entende, em sentido subjetivo, o direito que cabe ao sucessor de exigir os bens do sucedido, e, assim, cogitamos do direito do herdeiro à sucessão do *de cuius*. Por outro lado, certas leis identificam a sucessão com a herança, definindo-a como o conjunto de bens, direitos e obrigações que constituem o patrimônio do falecido. Para esclarecer estas noções podemos dizer que a sucessão é o modo de transmissão, enquanto a herança é o conjunto de bens, direitos e obrigações, que se transmitem aos herdeiros e legatários. Assim, a herança transmite-se em virtude de sucessão *mortis causa*; a sucessão *mortis causa* é o modo de transmitir a herança”*<sup>50</sup>.

### 4.2. Alimentos

#### 4.2.1. Conceito

De acordo com Silvio Rodrigues, *“alimentos, em direito, denomina-se a prestação fornecida a uma pessoa, em dinheiro ou em espécie, para que possa atender às necessidades da vida. A palavra tem conotação muito mais ampla do que na linguagem vulgar, em que significa o necessário para o sustento. Aqui se trata*

---

<sup>49</sup> GOMES, Orlando. Sucessões. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 1.

<sup>50</sup> WALD, Arnoldo. Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 7.

*não só do sustento, como também de vestuário, habitação, assistência médica em caso de doença, enfim, de todo o necessário para atender às necessidades da vida; e, em se tratando de criança, abrange o que for preciso para sua instrução*<sup>51</sup>, sempre considerando a condição social do alimentado.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho definem os alimentos como “o conjunto das prestações necessárias para a vida digna do indivíduo”<sup>52</sup>, de modo a abranger todas as necessidades do ser humano.

Os alimentos civis ou cômputos englobam todos os gastos necessários à manutenção da condição social do alimentando, englobando as necessidades intelectuais e morais, enquanto os alimentos naturais são os destinados à manutenção da vida do mesmo, ou seja, se restringem a alimentação, saúde, vestuário e habitação.

#### 4.2.2. Características

##### 4.2.2.1. Irrenunciabilidade

Conforme preceitua o artigo 1.707 do Código Civil, o direito a alimentos é irrenunciável - note-se, aqui, a irrenunciabilidade do direito e não do exercício desse direito -, por tratar-se de direito da personalidade e representar uma das modalidades do direito à vida.

Os alimentos advindos do parentesco são irrenunciáveis, de modo que o não exercício desse direito por certo período não pode ser confundido com renúncia, inclusive porque, nem mesmo entre cônjuges - hipótese na qual nosso ordenamento jurídico admite a renúncia -, a renúncia pode ocorrer de forma tácita, não sendo possível presumir sua ocorrência.

##### 4.2.2.2. Incessibilidade

Os alimentos são personalíssimos, pessoais e indissociáveis da pessoa do credor<sup>53</sup>. Os alimentos servem para “*satisfazer necessidades atuais ou futuras*”

---

<sup>51</sup> RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: direito de família. v.6. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 418.

<sup>52</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: direito de família - as famílias em perspectiva constitucional. v.6. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 683.

daquele que os recebe, não podendo tal “*crédito ser cedido a outrem, por ser inseparável da pessoa do credor*”, como ensina Maria Helena Diniz<sup>54</sup>.

Ainda acerca da natureza personalíssima dos alimentos, ensina Yussef Said Cahali que “*a doutrina é uniforme sob esse aspecto, na medida em que o vincula a um direito da personalidade; assim, representa um direito inato tendente a assegurar a subsistência e integridade física do ser humano ... visando preservar a vida do indivíduo, considera-se direito pessoal no sentido de que a sua titularidade não passa a outrem, seja por negócio jurídico, seja por fato jurídico.*”<sup>55</sup>.

Assim, os alimentos não podem ser objeto de cessão e, caso esta ocorra, será inválida entre as partes e inoponível a terceiros, exceto quando se tratar de

<sup>53</sup> “*Ementa. Execução de Prestação Alimentícia. Extinção (art. 267, IV, do CPC). Cabimento. Exequentes (menores) representadas pela mãe à data do ajuizamento da execução – Modificação da guarda no curso da lide (que passou a ser exercida pelo genitor/agravante). Impossibilidade do prosseguimento da execução, haja vista a cessação da representação exercida até então pela genitora. Aplicação do artigo 462 do Código de Processo Civil. Julgador deverá levar em consideração fato extintivo ou modificativo do direito que influir no julgamento da lide ocorrido após a sua propositura. Créditos (prestações pretéritas vencidas e não pagas) pertencentes às menores e não à anterior representante legal. Falta de legitimidade em postular o recebimento dos alimentos, uma vez cessada a representação. Norma que deve ser interpretada visando sempre resguardar os interesses das menores (artigos 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil). Precedentes desta Câmara.. Recurso improvido ...” (TJSP, Apelação nº 543.468.4/0-00, 8ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Salles Rossi, j. 15.04.2009). “... Incontroverso que desde o dia 05 de julho de 2006, a guarda das menores passou a ser exercida pelo genitor, conforme termo de guarda juntado por cópia a fls. 87 (do qual se verifica que regularizada situação de fato já existente)... Tal circunstância fez cessar automaticamente a representação legal das exequentes pela genitora, não podendo, assim, exigir o pagamento da pensão alimentícia em atraso do período em que representava as filhas. Cumpre anotar que o crédito pretendido é das menores e não da genitora, faltando-lhe legitimidade para pleitear o pagamento da verba alimentar... Não haveria lógica em determinar o pagamento da pensão por aquele que agora representa as exequentes, uma vez que tal situação implicaria na retirada de proventos que certamente reverteriam em favor das menores. Seria impor o depósito da quantia em Juízo para depois em um certo momento levantá-la, já que agora o outrora devedor é quem representa as menores e o atual responsável por seu sustento e criação... Aqui, exigir o pagamento dos alimentos pretéritos de quem detém atualmente a guarda das menores afrontaria ao próprio fim da norma que visa preservar justamente os interesses daquelas que necessitam da prestação...” (TJSP, Apelação nº 543.468.4/0-00, 8ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Salles Rossi, j. 15.04.2009). “*Execução de Prestação Alimentícia. Nulidade da sentença que decretou a extinção da execução. Inadmissibilidade. Decisão amplamente fundamentada... Menor representada pela mãe. Modificação da guarda no curso da lide. Impossibilidade de prosseguimento da execução, haja vista a cessação da representação exercida até então pela genitora. Aplicação do artigo 462 do Código de Processo Civil. Julgador deverá levar em consideração fato extintivo ou modificativo do direito que influir no julgamento da lide ocorrido após a sua propositura. Crédito pertencente à menor e não à sua representante legal. Falta de legitimidade em postular o recebimento dos alimentos, uma vez cessada a representação. Norma que deve ser interpretada visando sempre resguardar os interesses da menor (artigos 4º e 5º da Lei de Introdução do Código Civil) . Restabelecimento da prisão do outrora devedor e atual representante que somente traria prejuízos à alimentada. Extinção da execução mantida. Recurso improvido.*” (TJSP, Apelação nº 517.928.4/4-00, 8ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Salles Rossi, j. 26.08.2013 – grifos nossos).*

<sup>54</sup> Maria Helena Diniz. Curso de Direito Civil Brasileiro. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 625 e 628.

<sup>55</sup> Yussef Said Cahali. Dos Alimentos. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 45 e 46.

dívida de alimentos vencidos, que pode ser objeto de cessão, com fundamento no artigo 286 do Código Civil.

#### 4.2.2.3. *Incompensabilidade*

É princípio geral que o crédito de alimentos - cujo caráter, reitera-se, é personalíssimo - não pode ser objeto de compensação, tendo em vista que necessário à manutenção do indivíduo (artigo 373, inciso II, do Código Civil).

#### 4.2.2.4. *Impenhorabilidade*

O crédito de alimentos não é passível de transferência e de penhora, exatamente em virtude da sua finalidade de manutenção da pessoa. A pensão alimentícia é, de pleno direito, isenta de penhora (artigo 649, inciso IV, do Código de Processo Civil e artigo 1.707 do Código Civil).

#### 4.2.2.5. *Imprescritibilidade*

O direito aos alimentos é imprescritível, ou seja, pode ser exercido a qualquer tempo. A referida imprescritibilidade não se confunde com a prescrição das prestações alimentares vencidas e não cobradas por maiores de idade em dois anos de seu vencimento (artigo 206, § 2º, do Código Civil), tanto é assim que o artigo 23 da Lei de Alimentos dispõe que a prescrição “*só alcança as prestações mensais e não o direito a alimentos*”.

#### 4.2.2.6. *Irrepetibilidade*

Os alimentos provisionais ou definitivos, uma vez prestados, são irrepetíveis, ou seja, quando pagos, não serão devolvidos, “*mesmo que recebidos por erro*”, ou seja, “*quando quem os prestou não os devia*”<sup>56</sup>.

---

<sup>56</sup> CAHALI, Yussef Said. Dos Alimentos. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 108.

### 4.2.3. Requisitos ou pressupostos materiais

#### 4.2.3.1. Necessidade

Os alimentos são devidos quando aquele que pretende recebê-los não pode prover, por seu trabalho ou seus bens, à própria manutenção (artigo 1.694 do Código Civil), independentemente do motivo dessa impossibilidade, vez que *“a regra tradicional é que cada pessoa deve prover-se segundo suas próprias forças ou seus próprios bens: a obrigação de prestar alimentos é, assim, subsidiária, eis que só nasce quando o próprio indivíduo não pode cumprir esse comezinho dever com a sua pessoa, que é o de alimentar-se com o produto do seu trabalho e rendimentos”*<sup>57</sup>.

#### 4.2.3.2. Possibilidade

Os alimentos devem ser pagos de acordo com as possibilidades financeiras do alimentante (artigo 1.695 do Código Civil), sem desfalque do necessário ao seu próprio sustento, ou seja, não poderá haver sacrifício para sua própria manutenção.

#### 4.2.3.3. Proporcionalidade

Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades de quem pleiteia e dos recursos de quem irá efetuar o pagamento, proporcionalidade esta que depende de análise das circunstâncias de cada caso concreto, a ser realizado pelo juiz, tendo em vista que a legislação não estabelece percentual ou valor a ser fixado a título de alimentos.

Como ensina Caio Mário da Silva Pereira, *“os alimentos hão de ter, na devida conta, as condições pessoais e sociais do alimentante e do alimentado. Vale dizer: serão fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada. Não tem cabida exigí-los além do que o credor precisa, pelo fato de ser o devedor dotado de altas posses; nem pode ser este compelido a presta-los*

---

<sup>57</sup> CAHALI, Yussef Said. Dos Alimentos. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 512.

*com sacrifício próprio ou de sua família, pelo fato de o reclamante os estimar muito alto, ou revelar necessidades maiores (§ 1º do art. 1.694)<sup>58</sup>.*

Em caso de alimentos devidos pelos pais aos filhos, haverá a necessidade de aquilatar as possibilidades do pai e da mãe, para, nas devidas proporções, fixar-se a pensão alimentícia.

#### *4.2.3.4. Reciprocidade*

A obrigação alimentar entre os parentes é recíproca, ou seja, o parente que pode ser devedor de alimentos também poderá reclamar se vier a necessitar deles.

Durante a menoridade esse princípio não se aplica porque os filhos menores têm o direito de ser sustentados, numa via de mão única, por seus genitores e na falta destes pelos ascendentes e irmãos.

#### *4.2.4. Modalidade dos alimentos*

##### *4.2.4.1. Alimentos provisórios*

Alimentos provisórios são aqueles fixados no curso de processo de cognição ou liminarmente em despacho inicial, nos autos de Ação de Alimentos, segundo o procedimento especial da Lei de Alimentos - Lei nº 5.478/68 e tendo em vista o custeio das necessidades do alimentando, que não englobam os custos do processo. A natureza é antecipatória e constitui uma antevisão dos alimentos definitivos.

##### *4.2.4.2. Alimentos provisionais*

Alimentos provisionais, também chamados de alimentos *ad litem*, são aqueles pleiteados por meio de ação cautelar para custeio das despesas com sustento, habitação, vestuário e gastos com o processo, durante a tramitação do mesmo. Esses alimentos, previstos no artigo 1.706 do Código Civil e nos artigos 852 a 854 do Código de Processo Civil, são pagos até o julgamento da ação principal, que

---

<sup>58</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil: Direito de Família. v. 5. 17ª ed. rev. atual. Tânia da Silva Pereira. p. 526.

pode ou não já ter sido promovida quando do ajuizamento da medida cautelar, ou seja, esta pode ser preparatória ou incidental à ação de separação judicial, de divórcio, de nulidade ou anulação de casamento ou de alimentos.

Essa modalidade de alimentos tem natureza preventiva e funda-se no fato de que, com a instauração do litígio entre uma parte que defende financeiramente da outra, a parte dependente ficará sem meios de subsistência, vez que a parte provedora cessa o fornecimento de recursos, de modo a inviabilizar o prosseguimento da medida judicial e o próprio sustento da mesma. A fixação da pensão alimentícia possibilita a manutenção da pessoa e do processo - pagamento de advogados e custas judiciais -, razão pela qual, como acima exposto, os alimentos provisionais também são denominados *ad litem*.<sup>59</sup>

A fixação desse tipo de alimentos depende da comprovação do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, sendo sua natureza antecipatória e cautelar. É possível a concessão e a revogação a qualquer tempo e devem ser pagos até o trânsito em julgado da ação principal.

Esses alimentos não estão previstos no novo Código de Processo Civil.

#### 4.2.4.3. Alimentos compensatórios

Os alimentos compensatórios, também chamados de prestação compensatória, não têm previsão expressa no Direito Brasileiro e foram introduzidos em nosso ordenamento jurídico por Regina Beatriz Tavares da Silva, que assim os define: "*a prestação compensatória tem em vista assegurar 'um reequilíbrio entre duas situações patrimoniais ou econômicas, cujas diferenças eram mascaradas pela comunhão de vidas'. Conquanto esse meio de reparação tenha como pressupostos as necessidades e os recursos das partes, a principal distinção entre a pensão alimentícia e a prestação compensatória reside no caráter definitivo desta última que, em regra, impede sua revisão, de modo a ajustar-se aos princípios que informam a responsabilidade civil. ... tendo natureza indenizatória ... tem caráter forfaitaire ou de adjudicação, não podendo ser considerada como um prolongamento*

---

<sup>59</sup> "Se, por ex., for concedida a separação de corpos, o cônjuge, qualquer que seja o regime de bens, não tendo recursos próprios, seja autor ou réu, poderá pedir, em qualquer fase do processo, alimentos provisionais para garantir sua sobrevivência e dos filhos do casal na pendência da lide" (DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família. v. 5. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 633).

*do dever de assistência material, tampouco uma obrigação de sustento para atenuar as vicissitudes da existência. ... Contam, como elementos de sua fixação, a idade, e o estado de saúde dos esposos, o tempo já dedicado e a dedicar à educação dos filhos, as qualificações profissionais dos cônjuges, suas disponibilidades para o exercício de atividades lucrativas, seus direitos, existentes e previsíveis, e patrimônios após a partilha de bens... seu fundamento legal, no Direito Brasileiro, está no art. 884 do Código Civil, que veda o enriquecimento sem causa...<sup>60</sup>.*

Carlos Eduardo Minozzo Poletto traz críticas ao instituto, alegando que foi inspirado em “*preceitos legais alienígenas*” e que, caso um dos cônjuges/companheiros tenha optado, por vontade própria, deixar de exercer sua profissão para dedicar-se ao casamento, o fez tendo consciência de sua dependência econômica do marido/companheiro ou esposa/companheira, de modo que, não pode, findo do relacionamento, pleitear pagamento de indenização ao outro pela escolha que fez. Observa que “*os alimentos entre ex-cônjuges (e ex-companheiros) são excepcionais e, sempre que possível a reintegração laborativa, devem ser concedidos de forma temporária, mas jamais com a função, implícita ou explícita, de indenização, por absoluta ausência de amparo jurídico. Somente se poderá falar tecnicamente em indenização quando presentes os pressupostos e os fundamentos da responsabilidade civil, aplicáveis às relações de família*”<sup>61</sup>.

#### 4.2.4.4. Alimentos definitivos ou regulares

Alimentos definitivos ou regulares são aqueles fixados pelo juiz ou estabelecidos consensualmente entre as partes, no caso de dissolução consensual do casamento por exemplo, por meio de prestações periódicas de caráter permanente, mas sempre sujeitas à revisão, como será abaixo explicitado.

---

<sup>60</sup> TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz; MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil: direito de família. v.2. 42ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 560/562.

<sup>61</sup> *in* Grandes Temas de Direito de Família e das Sucessões. v.2. Coords. Regina Beatriz Tavares da Silva e Theodureto de Almeida Camargo Neto. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 141/145.

#### 4.2.4.5. Alimentos transitórios

Alimentos transitórios são aqueles fixados com prazo certo, para satisfazer as necessidades temporárias do alimentando enquanto alcança sua autonomia financeira, garantindo sua sobrevivência digna e evitando que a pensão alimentícia incentive o ócio de quem a recebe. Após o termo estipulado, o alimentante fica automaticamente desobrigado de efetuar o pagamento dos alimentos, não tendo o alimentando legitimidade ativa para pleitear alimentos após o prazo fixado, por ter renunciado ao recebimento de pensão alimentícia posterior ao mesmo<sup>62</sup>.

---

<sup>62</sup> “... Daí decorre, em inexorável conclusão, que cláusula de renúncia a alimentos, constante em acordo de separação ou divórcio, é válida e eficaz, não permitindo ao cônjuge que renunciou, a pretensão de ser pensionado, ou voltar a pleitear o encargo. ... Na hipótese sob julgamento, a carência da ação é manifesta, porque aos alimentos ora pleiteados a recorrida expressamente renunciou em acordo homologado na separação judicial do casal, o que impõe o reconhecimento de sua ilegitimidade ativa para postular em Juízo o que anteriormente renunciara. ... Forte em tais razões, conheço do recurso especial e dou-lhe provimento para julgar a recorrida carecedora da ação, e extinguir o processo, sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, inc. VI do CPC ...” (STJ, 3ª Turma, REsp nº 701902/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 15/09/05). “... O v. acórdão recorrido considerou que a mulher que renuncia ou dispensa os alimentos pode vir a pleiteá-los, se comprovar a necessidade deles. Não é esse, contudo, o entendimento desta Corte, conforme dão conta os julgados no Resp 254392-MT, por mim relatado, e nos Resps ns. 9.286-RJ, 94.121-SP, 85.683-SP, 221.216-MG, 95.267-DF e 70.630-SP, relatados, respectivamente, pelos eminentes Ministros Eduardo Ribeiro, Ruy Rosado de Aguiar, Nilson Naves, Carlos Alberto Menezes Direito, Waldemar Zveiter e Aldir Passarinho Junior. ... Não é compreensível, então, que ele depois venha a ser surpreendido com uma demanda para arcar com o ônus do qual se livrara... ... Ora, se o cônjuge inocente não tivesse a garantia de que o culpado jamais poderia renunciar à renúncia ao pensionamento, certamente não iria aceitar a conversão da separação litigiosa em consensual, pelo risco que correria de, a qualquer momento, tornar-se devedor do encargo, logo ele, que dispunha de meios probatórios para demonstrar a culpa do outro, pelo que, por força expressa da lei, o culpado perderia o direito de receber alimentos do inocente. Diante de tais pressupostos, conheço do recurso e lhe dou provimento, para julgar a autora carecedora da ação” (STJ, 4ª Turma, REsp nº 226330/GO, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 05/12/02). “Alimentos. Renúncia. Divórcio. É válida e eficaz a cláusula de renúncia a alimentos ... em acordo de separação. Quem renuncia, renuncia para sempre. ... Ilegitimidade da parte ativa da mulher para a ação. Recurso Especial não conhecido” (STJ, 3ª Turma, REsp nº 85.683, Rel. Min. Nilson Naves, DJ 28/05/96). “Divórcio – Alimentos – Renúncia. Renunciando o cônjuge a alimentos, em acordo de divórcio, por dispor de meios para manter-se, a cláusula é válida e eficaz, não podendo mais pretender seja pensionado” (STJ, 3ª Turma, REsp nº 17.719, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ 18/02/92). “Alimentos provisionais pagos à ex-mulher - Despacho que negou alteração do acordo judicial que fixou a extinção automática do pagamento da verba ... Em suma, a recorrente alega que firmou o acordo para pagamento da pensão com prazo certo ... Certo é que pelo acordo judicial realizado ... ficou estipulado que o pagamento da pensão alimentícia ... seria extinto automaticamente em 05.04.2010, data a partir da qual caberia à agravante manter-se com os próprios recursos. Assim, observamos na hipótese a ocorrência de verdadeira renúncia, posto que daquela data em diante, a agravante abriria mão da verba, já que não mais lhe seriam entregues os alimentos ...” (TJSP, 4ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento nº 990.10.328460-7, Rel. Des. Ênio Zuliani, DJ 12/08/10). “..... Restou pactuado, portanto, por livre manifestação de vontade das partes, que os alimentos a serem pagos à varoa seriam transitórios, perdurando apenas pelo prazo pré-determinado de três anos. Juridicamente, foi fixado um 'termo final' ao negócio, isto é, o fim da eficácia jurídica do pacto de alimentos foi associado a um acontecimento futuro e certo, qual seja, o decurso do lapso de três anos. Por essa razão é que, após decorrido o referido prazo, o alimentante pôde, automaticamente, parar de efetuar o pagamento da pensão, eis

#### 4.3. Requisitos e pressupostos: ação de alimentos post mortem

O artigo 1.700 do Código Civil estabelece que “a obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do art. 1.694”, ou seja, a obrigação alimentar é transmissível ao espólio, contudo, a discussão existente em nosso ordenamento jurídico reside no fato de ser ou não necessário o estabelecimento dessa obrigação em vida pelo falecido para que ocorra a referida transmissão.

A doutrina se divide em duas correntes, a primeira, majoritária, que defende a desnecessidade dessa obrigação ser fixada em vida, bastando, para o pleito de alimentos ao Espólio, o preenchimento dos requisitos legais atinentes à pensão alimentícia (artigos 1.694 e seguintes do Código Civil) e a segunda, minoritária, que defende a necessidade de existência de obrigação alimentar estabelecida em vida para que seja possível o pleito de pagamento de alimentos pelo Espólio.

A primeira corrente, que defende a possibilidade de propositura de ação de alimentos diretamente em face do Espólio, independentemente da existência de obrigação alimentar estabelecida em vida, fundamenta-se no fato de que o artigo 1.700 do Código Civil estabelece a transmissão da obrigação de prestar alimentos ao espólio e não a transmissão de uma dívida alimentar específica, inclusive porque o dispositivo que trata das dívidas do espólio é o artigo 1.997 do Código Civil, que se tornaria sem efeito caso acolhida a tese acima mencionada. O dever do falecido de prestar alimentos não se extingue quando de sua morte e é transmitido ao espólio, que possui legitimidade para integrar o polo passivo de ação de alimentos.

---

*que já implementado o termo, fazendo cessar, assim, a eficácia do negócio jurídico travado pelas partes. Observa-se, portanto, que a resolução do acordo de alimentos não foi 'condicionada' à verificação de qualquer causa, isto é, não restou convencionada nenhuma 'condição resolutiva' à pensão alimentícia. Apenas se falou - repita-se - em 'termo final' da obrigação. ... Dito isso, entendo que, sendo as partes maiores e capazes, possuindo, portanto, plenas condições de transigir sobre de seus direitos, há de se prestigiar o teor da avença, até mesmo para que não se comprometa, seriamente, a segurança jurídica almejada. ... Assim, uma vez renunciados os alimentos, constitui-se fator impeditivo para pleitos futuros. No presente caso não é diferente. Embora a renúncia aos alimentos não tenha sido imediata, é de se reconhecer que houve inequívoca renúncia do cônjuge virago em relação aos alimentos posteriores aos três anos. Não fosse assim, não teria ela pactuado, livremente, os alimentos transitórios. ... não soando cabível, portanto, pleiteá-los posteriormente, ao argumento da persistência da 'necessidade'. ... dou provimento ao recurso, para julgar improcedente o pedido inicial da autora” (TJMG, 1ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1.0024.07.463064-1/002, Rel. Des. Eduardo Andrade, DJ 20/07/10).*

Essa corrente, que reconhece a legitimidade passiva do espólio nas ações de alimentos, encontra respaldo doutrinário e jurisprudencial<sup>63</sup> e nos parece mais acertada e razoável, pois confere efetiva proteção à família, observando que a fixação da pensão alimentícia não advém da mera propositura da ação de alimentos e somente ocorrerá se preenchidos os requisitos legais (artigo 1.694 e seguintes do Código Civil), até a efetivação da partilha de bens e nos limites da herança (artigo 1.821 do Código Civil), o que confere ao espólio a devida proteção.

---

<sup>63</sup> “... O art. 1.700 do Código Civil prevê que a obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do art. 1.694. O dispositivo legal em comento, conforme se verifica, torna inequívoca a transmissibilidade da obrigação alimentar ao espólio. Para isso, basta a presença da necessidade do alimentado e da possibilidade do acervo hereditário, até o limite de suas forças (art. 1.694, caput, e § 1º, Código Civil). A alegação do apelado, no sentido de que somente a dívida alimentar concretizada e já existente quando do óbito do devedor de alimentos é transmissível ao espólio, não tem respaldo legal. Inicialmente, cabe referir que a lei é clara ao mencionar que a transferência é da obrigação, e não da dívida. Ademais, dita interpretação equivaleria a tornar vazia a previsão contida no art. 1.997 do Código Civil, que prevê que a herança responde pelo pagamento das dívidas do falecido. Assim, considerando que a lei não deve conter palavras inúteis, a interpretação proposta pelo recorrido não merece prosperar. O pedido de alimentos contra o espólio encontra, pois, respaldo jurídico, inclusive após o óbito do devedor, como ocorre no caso vertente (art. 1.700 do Código Civil) ...” (TJRS, Apelação Cível nº 70010198976, 7ª Câmara Cível, Des. Maria Berenice Dias, DJ 23.05.05). “... A digressão supra-explanada sobre os reflexos dos princípios da nova ordem constitucional, estabelecida pela Carta Política de 1988, sobre o nosso ordenamento jurídico, revelou-se necessária para caracterizar a iniludível legitimidade do espólio para situar-se, passivamente, nas ações de alimentos, fundada no dever prioritário e impostergável da família de prestar alimentos à suas crianças. Tal posicionamento, quanto a legitimidade do espólio nas ações de alimentos, encontra ressonância em nossos Tribunais, inclusive, no Colendo STJ, conforme deduz-se do acórdão de lavra do Min. Ruy Rosado de Aguiar, que ora se transcreve: “O filho menor tem o direito de promover ação cautelar para obter alimentos provisionais do espólio do pai, enquanto se processa o inventário.” Resp 60.635/RS, 4ª Turma, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU, 30.10.2.000, p. 159).” Diante do exposto, dou provimento ao recurso para, em consequência, cassar a decisão primária e determinar o retorno dos autos à Instância de origem, a fim de que a ação seja devidamente processada” (TJMG, Apelação Cível nº 0412175-39.2006.8.13.0704, 7ª Câmara Cível, Des. Edivaldo Georges dos Santos, DJ 05/06/2007). “... Deve ser reconhecida a legitimidade do Espólio de Gregório para integrar o polo passivo da ação de alimentos proposta pela agravante. Isso porque o dever de prestar alimentos não se extingue com a morte do alimentante. ... transmissibilidade dos alimentos aos herdeiros, enquanto que a demanda de alimentos foi ajuizada contra o espólio ... possibilidade de intentar ação de alimentos contra o espólio ... Logo, a obrigação (que no caso em tela nasceu para a agravante após a morte de seu esposo) transmite-se ao espólio, até o limite das forças da herança, a teor do que preconiza o artigo 1.700 do Código Civil. Por conseguinte, independentemente dos herdeiros que compõem a sucessão, o espólio, pelos motivos explicitados, tem legitimidade passiva ad causam. ...” (TJRS, Agravo de Instrumento nº 70038301214, 7ª Câmara Cível, Des. Jorge Luís Dall’Agnol, DJ 08.07.09). “... Conforme o disposto no artigo 1.700 do Código Civil, a obrigação alimentar transmite-se aos herdeiros, até o limite das forças do Espólio e até que efetivada a partilha. Essa é a disposição legal, de modo que não se admite mais controvérsia sobre o tema. Nesse sentido, inclusive, há diversos posicionamentos desta Câmara ... Além disso, o entendimento predominante é que não é necessário sequer que a obrigação tenha sido reconhecida antes da morte daquele que seria obrigado alimentar, podendo o alimentado ingressar com a ação de alimentos diretamente contra o Espólio ...” (TJRS, Agravo de Instrumento nº 70031248388, 8ª Câmara Cível, Des. Alzir Fellippe Schmitz, DJ 03.09.09).

A segunda corrente, que defende a necessidade de existência de obrigação alimentar estabelecida em vida para que seja possível o pleito de pagamento de alimentos pelo Espólio o faz sob o fundamento de que a obrigação alimentar é personalíssima e que, para que ocorra a transmissão da obrigação ao Espólio, esta precisa existir ao tempo da morte do autor da herança. Se o falecido não reconheceu o dever de prestar alimentos antes de sua morte, não pode este dever ser transmitido ao espólio.

Essa corrente, ao nosso ver, não oferece a devida proteção à família, constitucionalmente garantida (artigo 226 da Constituição Federal), vez que filhos, esposas e companheiras, que vivem com o falecido sob o mesmo teto, por exemplo, não possuem instrumentos estabelecendo pensão alimentícia em seu benefício, o que, segundo a referida corrente, os impossibilitaria de pleitear alimentos do espólio, inviabilizando seu sustento no curso da ação de inventário, cujo prazo de tramitação, como é cediço, é inestimável.

#### *4.4. Relação do valor da pensão alimentícia com o valor da herança*

O valor dos alimentos a serem fixados devem levar em consideração as forças da herança<sup>64</sup>, nos termos do artigo 1.821 do Código de Processo Civil, de modo que deve ser compatível com o patrimônio e com os rendimentos desse patrimônio deixado pelo falecido.

#### *4.5. Prazo de pagamento da pensão alimentícia devida pelo espólio*

A pensão alimentícia devida pelo Espólio será paga até o pagamento dos quinhões, quando, segundo ensina o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, "*presumivelmente o alimentando poderá extrair dessa quota o necessário para a sua sobrevivência*"<sup>65</sup>.

---

<sup>64</sup> "Modernamente, ao definirmos que "herança é o patrimônio do de cujus, o conjunto de direitos e obrigações que se transmite ao herdeiro", destacamos seu conteúdo econômico, excluindo, em regra, relações jurídicas não patrimoniais ou aquelas nas quais, embora presente o conteúdo econômico, prevalece a natureza personalíssima" (Luis Francisco Aguilar Cortez *in* Grandes Temas de Direito de Família e das Sucessões. v.2. Coords. Regina Beatriz Tavares da Silva e Theodureto de Almeida Camargo Neto. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 276).

<sup>65</sup> STJ, 4ª Turma, REsp nº 00060635/RS, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 03/02/00.

## 5. LEGITIMIDADE DOS AVÓS PARA FIGURAR NO POLO PASSIVO DE AÇÃO DE ALIMENTOS

### 5.1. Introdução

A sociedade atual tem se deparado, com frequência, com casos nos quais os genitores não reúnem condições de arcar com o sustento dos filhos, geralmente em virtude de sua juventude jovens, por enfrentarem situação de desemprego ou longo litígio após a dissolução do casamento ou união estável. Quando esses pais não podem cumprir sua obrigação alimentar para com seus filhos, surge a responsabilidade dos avós, maternos e paternos, de complementar ou suprir a falta de condições dos pais, prestando alimentos aos netos, em virtude do princípio da solidariedade familiar<sup>66</sup>.

A legitimidade passiva dos avós está prevista no artigo 1.696 do Código Civil, que estabelece que *"o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recai a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros"*. A referida previsão já estava contida no artigo 397 do Código Civil de 1.916, nos mesmos termos do Código Civil de 2002.

Os avós possuem legitimidade para figurar no polo passivo de ação de alimentos promovida pelo neto, contudo, a responsabilidade avoenga é subsidiária e suplementar à responsabilidade dos genitores, ainda que possuam os avós recursos mais amplos que os pais. O alimentando não pode optar pela propositura de ação de alimentos diretamente contra os avós, mesmo que estes tenham amplas possibilidades. Isso porque, a obrigação de prestar alimentos recai nos parentes de grau mais próximo e, apenas na falta destes, aos de grau mais distante.

Maria Helena Diniz traz crítica a redação do referido dispositivo do Código Civil, ao observar que *"não se deve afirmar que os mais próximos excluem os mais*

---

<sup>66</sup> "A seu respeito, escreveu, com habitual inteligência, FLÁVIO TARTUCE: "A solidariedade social é reconhecida como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil pelo art. 3º, inc. I, da Constituição Federal de 1988, no sentido de buscar a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Por razões óbvias, esse princípio acaba repercutindo nas relações familiares, já que a solidariedade deve existir nesses relacionamentos pessoais. Isso justifica, entre outros, o pagamento dos alimentos no caso de sua necessidade, nos termos do art. 1.694 do atual Código Civil" (in GAGLIANO, Pablo Stolze; e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: direito de família - as famílias em perspectiva constitucional. v.6. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 95).

*remotos, porque, embora haja um parente mais chegado, o mais distante poderá ser compelido a prestar pensão alimentícia, se aquele não tiver condições de fornecê-la (RT, 418:180), ou, se não tiver meios para suportar totalmente o encargo alimentícia, será possível pleitear alimentos completos (RT, 776:318) de parentes de grau imediato (CC, art, 1.698, 1ª parte)*<sup>67</sup>.

Como ensina Regina Beatriz Tavares da Silva, “à falta de parentes de grau mais próximo é equiparada a ausência de possibilidades”<sup>68</sup>.

Conforme Enunciado 341, da IV Jornada de Direito Civil (2006), “para os fins do art. 1.696, a relação socioafetiva pode ser elemento gerador da obrigação alimentar”, ou seja, os avós também são partes legítimas para figurar no polo passivo de ação de alimentos promovida por aquele que é neto por parentesco socioafetivo. Ademais, com a adoção, o parentesco civil que passa a existir abrange os demais membros da família adotiva, inclusive, os avós, de modo que possível a propositura de ação de alimentos em face dos mesmos pelo neto adotado.

Inobstante tal fato, não é requisito ou pressuposto para propositura de ação de alimentos a existência de relação próxima ou de convívio entre neto e avós, vez que o dever de prestar alimentos não guarda relação com os sentimentos de afeto e de amor, não sendo medido ou influenciado pelo grau de convívio dessas pessoas.

Nesse sentido, ensina Caio Mário da Silva Pereira: “Deles não pode fugir o obrigado, sob fundamento de não cultivar relações de amizade com o reclamante, ou deter compromissos desta ou de outra ordem. O direito pátrio não mais conserva as escusativas vigorantes em nosso direito pré-codificado, como seja cometimento de ingratidão, abandono da casa paterna, falta de respeito aos pais, casamento contra a vontade destes”<sup>69</sup>.

## 5.2. Necessidade de propositura de ação de alimentos em face dos genitores

A legitimidade passiva dos avós para figurar em ação de alimentos promovida por seu neto é sucessiva e complementar, ou seja, condicionada à propositura de

---

<sup>67</sup> DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família. v. 5. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 638/639.

<sup>68</sup> Código Civil Comentado. 9ª ed. Coord. Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1661.

<sup>69</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil: Direito de Família. v. 5. 17ª ed. rev. atual. Tânia da Silva Pereira. p. 527.

ação em face dos genitores, que são os primeiros obrigados a pagar pensão alimentícia, esgotando-se todas as possibilidades de pagamento dos alimentos pelos pais do alimentando. É preciso esgotar as possibilidades de prestação de alimentos por uma classe para que, então, seja possível buscar tal prestação da classe mais distante, ou seja, enquanto os pais reunirem condições de efetuar o pagamento de alimentos, não serão os avós partes legítimas para a ação de alimentos.

Nesse sentido, estabelece o Enunciado 342, da IV Jornada de Direito Civil (2006): *“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 de seus genitores”*.

Assim, para que seja possível promover ação de alimentos em face dos avós, o neto deverá comprovar que seus pais não reúnem condições de prover-lhe o sustento<sup>70</sup>, sob pena de reconhecimento de ilegitimidade passiva e de ausência de interesse processual<sup>71</sup>. Maria Helena Diniz, citando v. acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, ressalta que *“a ação de alimentos não procede contra ascendente, sem prova de estar o parente em grau mais próximo impossibilitado de satisfazer a obrigação alimentar”*<sup>72</sup>.

---

<sup>70</sup> *“Ação de Alimentos ajuizada contra os avós paternos. Responsabilidade subsidiária. Genitor que, comprovadamente, não tem condições de adimplir seu dever de prestar alimentos aos filhos. Elementos que demonstram terem os avós paternos condições para arcar com a pensão fixada e que se amolda ao caso. ... Incontroverso que os autores são menores e vivem sob a guarda da mãe, sendo netos dos demandados. Presumida, pois, a necessidade dos autores aos alimentos, cabe analisar o dever dos demandados de prestá-los. No caso, sobejamente demonstrado que o pai das crianças, filho dos demandados, não possui condições de arcar com o pensionamento... No tocante aos avós e segundo dispõe o art. 1696, do Código Civil ... Daí se extrai que a obrigação que os avós têm em relação aos netos deve ser-lhes imputada quando e se houver prova da impossibilidade de os pais ou um deles cumprir com a obrigação, segundo o necessário à manutenção do alimentando e sem que possam aqueles por isto responder...”* (TJSP, Apelação Cível com Revisão nº 524.041-4/2-00, 5ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Mathias Coltro, DJ 30/09/2009).

<sup>71</sup> *“Alimentos. Ação ajuizada em face dos avós paternos. Extinção do processo sem aferição de mérito, a teor do inciso VI, do artigo 267, do Código de Processo Civil. Cabimento no caso sub judice. Ajuizamento concomitante de ação revisional em face do genitor ... Obrigação alimentar dos avós que se põe de forma complementar, apenas se constatada a impossibilidade de sustento do alimentando pelos genitores. Inobservância da primeira parte do artigo 1.698 do Código Civil. Recurso improvido”* (TJSP, Apelação Cível com Revisão nº 661.855-4/7-00, 6ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Sebastião Carlos Garcia, DJ 08/10/2009).

<sup>72</sup> DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família. v. 5. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 636.

Essa necessidade de comprovação da impossibilidade dos pais prestarem alimentos ao filho é aplicável a todos os casos nos quais se pretende obter pensão alimentícia dos avós, inclusive naqueles onde um dos genitores reside em local incerto e não sabido<sup>73</sup>.

Em sendo demonstrada a incapacidade dos genitores em prover o sustento do filho, os avós deverão, de forma subsidiária, integrar a lide a fim de efetuar o pagamento de pensão alimentícia, dentro de suas possibilidades, tendo em vista auxiliar no sustento do neto.

Nesse sentido, ensina o Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, em artigo que permanece atual: *"... no contexto desses processos, sobressaem os pedidos formulados por netos contra os avós. Esse fenômeno se explica pelo fato de que, estando os pais muitas vezes desempregados e sem qualquer fonte de renda, passam os avós a constituir os esteios econômicos da família, por serem os únicos que, recebendo sua aposentadoria no final do mês, têm o 'privilégio' de um ganho certo, mesmo que, no mais das vezes, minguado. Surgem, então, as ações de alimentos promovida pelos netos, em geral contra os avós paternos. A razão dessa preferência é simples: é que ainda hoje, na imensa maioria dos casos, a mãe permanece com a guarda dos filhos menores. Por vezes, volta a residir com seus pais. Em outras, recebe deles, voluntariamente, alguma ajuda. Por isso, dirigem o pleito alimentar contra avós da linhagem paterna. A obrigação de sustentar os netos, porém, é tanto destes como dos maternos. Entretanto, é necessário ter presente que a obrigação de sustentar a prole é, em primeiríssimo lugar, do pai e da mãe. Ou seja: antes de poder pedir alimentos aos avós é preciso que nenhum dos genitores esteja em condições de atender às necessidades básicas dos filhos. Não basta que o pai esteja desaparecido ou não pague os alimentos para que a mãe, representando os filhos, possa postular pensão alimentícia aos avós. É indispensável também que a genitora não tenha condições de, mesmo que exclusivamente com seus rendimentos pessoais, atender às necessidades fundamentais das crianças. E*

---

<sup>73</sup> *"... Aduz a apelante que somente quando completou um ano de idade conheceu seu genitor, mas ele mudou-se da cidade ... para local incerto e não sabido. Este foi o motivo de ter ajuizado diretamente a presente ação contra os avós paternos, entendendo que eles têm condições de prestar-lhe alimentos... No caso em tela, não ficou demonstrada a incapacidade financeira do genitor da Apelante, sendo inviável onerar os avós paternos... A responsabilidade dos avós, atendido o binômio necessidade/possibilidade, é subsidiária em relação aos pais e somente pode ser invocada após comprovação da incapacidade econômica destes... nego provimento ao recurso" (TJSP, Apelação Cível com revisão nº 644.646-4/9-00, 7ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Luiz Antonio Costa, DJ 07/10/2009).*

*a razão disso é evidente: ter ou não filhos é uma decisão pela qual somente pai e mãe são responsáveis. ... Por esse motivo, nada mais justo e natural que somente em situação excepcional sejam compelidos a ajudar no sustento dos netos... Além disso, os avós somente serão obrigados a prestar alimentos se puderem fazê-lo sem desfalque do necessário ao seu próprio sustento... ”<sup>74</sup>.*

Em suma, a definição da obrigação alimentar dos avós em benefício dos netos exige a presença dos pressupostos negativo (impossibilidade dos pais) e positivo (capacidade dos avós).

### 5.3. Natureza processual da regra de direito material (chamamento à lide)

O artigo 1.698 do Código Civil estabelece que *"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"*.

A referida norma é adjetiva especial, posterior ao Código de Processo Civil, por isso, inobstante a obrigação alimentar tenha como característica a não solidariedade e divisibilidade, essa norma prevalece, sendo possível o chamamento à lide dos coobrigados.

Com o chamamento ao processo, forma-se litisconsórcio entre o réu e o(s) chamado(s), a fim de que todos sejam condenados em benefício do autor da ação, na medida de suas possibilidades. Assim, a ação tramitará em face de ambos (genitores e avós), que terão os mesmos direitos e ônus processuais e, no caso de condenação, a responsabilidade indicada na sentença.

Como ensina Arruda Alvim, *"o litisconsórcio é uma cumulação subjetiva de demandas. Difere da cumulação objetiva, pela circunstância de que, nesta última, há um autor e um réu, tão somente. ... O que existe, no litisconsórcio, é uma pluralidade subjetiva de partes, que poderá ser ativa, passiva ou mista"*<sup>75</sup>.

---

<sup>74</sup> Artigo Avós só sustentam netos se não comprometerem sua receita. Revista Consultor Jurídico, 23/08/2005.

<sup>75</sup> ALVIM, Arruda. Curso de direito processual civil, v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. p. 510.

Nos termos do Enunciado 523, da V Jornada de Direito Civil (2011), “o chamamento dos devedores para integrar a lide, na forma do art. 1.698 do Código Civil, pode ser requerido por qualquer das partes, bem como pelo Ministério Público, quando legitimado”. Por outras palavras, poderá o alimentando - no caso, o neto, por consanguinidade ou socioafetividade -, o genitor - no caso, réu da ação -, o Ministério Público e, ainda, um dos avós, chamar os demais para que integrem a lide, a fim de que todos os parentes, de mesmo grau, concorram para o sustento do neto, de acordo com as possibilidades de cada qual. Desde que respeitada a ordem legal de classes, podem ser demandados vários parentes no mesmo processo judicial de alimentos, formando litisconsórcio facultativo ulterior simples (artigos 46 e 47 do Código de Processo Civil).

Essa intervenção é entendida por parte da doutrina, como Maria Helena Diniz, como intervenção de terceiro *sui generis* não prevista na lei processual, e, por outra parte da doutrina, como Cássio Scarpinella Bueno e Fredie Didier Jr., como chamamento ao processo.

Observe-se que devem ser chamados a integrar a lide os avós maternos e paternos, considerando que a obrigação complementar e sucessiva de prestar alimentos aos netos é de todos os avós, ou seja, tanto os maternos quanto os paternos, estando, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, manifestado em v. acórdão de lavra do Ministro Roy Rosado de Aguiar, tal responsabilidade “associada à responsabilidade primária dos pais de alimentarem seus filhos”<sup>76</sup>.

---

<sup>76</sup> STJ, REsp 2001/0121216-0, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 19/12/2002. Leia-se, ainda, os seguintes vv. acórdãos do Superior Tribunal de Justiça: “... frustrada a obrigação alimentar principal, de responsabilidade dos pais, a obrigação subsidiária deve ser diluída entre avós maternos e paternos na medida de seus recursos, diante de sua indivisibilidade e impossibilidade de fracionamento...” (REsp 658.139/RS, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 11/10/2005); “... Pelo art. 397 do CC/1916, este Superior Tribunal havia pacificado a tese de que, na ação de alimentos proposta por netos contra o avô paterno, seria dispensável a citação dos avós maternos, por não se tratar de litisconsórcio necessário, mas sim, facultativo impróprio. A questão consiste em saber se p art. 1.968 do CC/2002 tem o condão de modificar a interpretação pretoriana firmada sobre o art. 397 do Código Civil revogado. Em primeira análise, a interpretação literal do dispositivo parece conceder uma faculdade ao autor da ação de alimentos de trazer para o polo passivo os avós paternos e/ou maternos, de acordo com sua livre escolha. Todavia, essa não representa a melhor exegese. É sabido que a obrigação de prestar alimentos aos filhos é, originalmente, de ambos os pais, sendo transferida aos avós subsidiariamente, em caso de inadimplemento, em caráter complementar e sucessivo. Nesse contexto, mais acertado o entendimento de que a obrigação subsidiária – em caso de inadimplemento da principal – deve ser diluída entre os avós paternos e maternos, na medida de seus recursos, diante de sua divisibilidade e possibilidade de fracionamento. Isso se justifica, pois a necessidade alimentar não deve ser pautada por quem paga, mas sim por quem recebe, representando para o alimentando maior provisionamento tantos quantos réus houver

Institui-se divisão da obrigação alimentar, rateio proporcional e sucessivo, de acordo com as possibilidades de cada um dos obrigados a prestar alimentos e considerando as necessidades daquele que irá receber os alimentos, situação que não se confunde com solidariedade no pagamento da pensão alimentícia. A referida distinção é relevante considerando que, em caso de não pagamento da pensão fixada, a execução de alimentos deverá ser promovida considerando a parte cabente a cada qual, situação distinta de quando a dívida é solidária, quando a ação pode ser promovida contra qualquer dos devedores.

#### *5.4. Condições para fixação da pensão alimentícia*

O alimentando deverá, nos termos dos artigos 1.694 e 1.695 do Código Civil e artigo 333 do Código de Processo Civil, comprovar: (i) a insuficiência dos alimentos recebidos dos genitores e a falta de possibilidades dos genitores de complementação do valor pago, ou, na hipótese de impossibilidade completa de prestar alimentos, seja em virtude de falta de condições financeiras, seja em razão de morte, por exemplo, tal fato; (ii) a possibilidade dos avós de prestar-lhe alimentos; (iii) a inexistência de bens próprios que possam lhe gerar rendas; (iv) sua necessidade ao recebimento de pensão alimentícia, tendo em vista a impossibilidade de prover seu próprio sustento.

Por outras palavras, é do alimentado o ônus de provar que necessita receber alimentos dos avós e no valor por ele apontado, sendo tal prova fundamental para a fixação da pensão alimentícia<sup>77</sup>.

Na lição de Cândido Rangel Dinamarco<sup>78</sup>, caso o alimentando não observe essa situação jurídica que é ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito, terá prejuízo, qual seja, o indeferimento de sua pretensão.

---

*no polo passivo da demanda. Com esse entendimento, a Turma, prosseguindo o julgamento, conheceu do recurso e deu-lhe provimento para determinar a citação dos avós maternos, por se tratar de hipótese de litisconsórcio obrigatório simples” (STJ, 4ª Turma, REsp 658.139/RS, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 11/10/2005).*

<sup>77</sup> *“Lembra-nos nessa perspectiva, por exemplo, a nota memorável de Francesco Carnelutti, ao afirmar que a prova está no centro do problema da realização do julgamento” (Ricardo de Barros Leonel in TUCCI, José Rogério Cruz e; RODRIGUES, Walter Piva; AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real (Coordenadores) - Processo Civil: homenagem a José Inácio Botelho de Mesquita. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 46).*

<sup>78</sup> Instituições de Direito Processual Civil, v. II, 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 206.

Vicente Greco Filho salienta que “o processo se instaura por iniciativa da parte, daí a indispensabilidade da atividade da parte para a existência do processo e seu desenvolvimento. Essa atividade está intimamente ligada ao conceito de ônus processual. Ônus processual é a situação em que a prática de determinado ato leva a parte a obter determinado efeito processual ou impedir que ele ocorra. ... Ônus é a oportunidade de agir, prevendo a lei, no caso de omissão, determinada consequência jurídica que a parte escolhe livremente. Ao outro sujeito da relação jurídica não é dado o poder de compelir o titular do ônus a agir. Só a este cabe decidir se atua ou não, aceitando os efeitos da ação ou omissão”<sup>79</sup>

O pedido formulado pelo alimentando deve ser determinado ou fixo, ou seja, certo e delimitado em qualidade e quantidade, como consequência natural da causa de pedir, não sendo admissível, nesse tipo de ação, pedido genérico (artigo 286 do Código de Processo Civil). O pedido pode ser (i) alternativo, nos moldes do artigo 288 do Código de Processo Civil, ou seja, quando o devedor pode cumprir a obrigação de mais de uma forma, por exemplo, efetuando pagamento em pecúnia ao alimentando ou diretamente a instituição de ensino na qual está matriculado; ou (ii) sucessivo, quando formula pedidos de forma sequencial, “em uma verdadeira escala de interesses”<sup>80</sup>, de modo que, caso não deferido aquilo que anseia em primeiro lugar, poderá ser deferido aquilo que deseja em ordem sucessiva, ou seja, o subsequente será apreciado na impossibilidade de deferimento do antecedente.

### 5.5. Prazo de pagamento dos alimentos

A pensão alimentícia deverá ser paga nos moldes estabelecidos na sentença e não pode cessar automaticamente caso o alimentando atinja a maioridade, fazendo-se necessário pronunciamento judicial autorizando a exoneração, caso não ocorra mediante acordo entre as partes. Isso porque, como observa Antônio Carlos

---

<sup>79</sup> FILHO, Vicente Greco. Direito Processual Civil Brasileiro. v. 2. 16ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 12/13.

<sup>80</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; e TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil. v.1. 9ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 301.

Mathias Coltro “a maioria não implica em automática condição para o trabalho nem na possibilidade de sua obtenção”<sup>81</sup>.

A Súmula 358 do Superior Tribunal de Justiça estabelece que “o cancelamento da pensão alimentícia de filho que atingiu a maioria está sujeito à decisão judicial, mediante contraditório, ainda que nos próprios autos”. A referida súmula é aplicável, por analogia, no caso de pensão alimentícia devida pelos avós aos netos.

#### 5.6. Ações de alimentos e mitigação da coisa julgada

Na definição dos Professores José Roberto Neves Amorim e Sandro Gilbert Martins, “coisa julgada é a imutabilidade da sentença e de seus efeitos formais e materiais, que ocorre com a impossibilidade de apresentação de recurso capaz de modificá-la, consolidando-se com a certidão do trânsito em julgado lançada no processo”<sup>82</sup>.

As decisões prolatadas nas ações de alimentos, inobstante transitem em julgado, esse trânsito se dá no aspecto formal e não material, podendo ser classificadas como relações jurídicas continuativas, pois se perpetuam no tempo e podem sofrer modificação caso surjam novos fatos ou direitos. No caso de surgimento desses novos fatos ou direitos, a situação que se encontrava consolidada e transitada em julgado, será alterada, de modo a adaptar-se às novas circunstâncias<sup>83</sup>, possibilidade esta expressa no artigo 1.699 do Código Civil e no artigo 15 da Lei de Alimentos (Lei nº 5.478/68).

A possibilidade de mitigação da coisa julgada na ação de alimentos é ressaltada por Anna Luiza Quintella Fernandes: “as sentenças que embora de mérito

---

<sup>81</sup> in PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil: Direito de Família. v. 5. 17ª ed. rev. atual. Tânia da Silva Pereira. p. 531.

<sup>82</sup> AMORIM, José Neves; e MARTINS, Sandro Gilbert. Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 314.

<sup>83</sup> Nesse sentido, ensina Silvio Rodrigues: “uma vez fixada, a pensão alimentícia pode ser alterada, por reclamação de qualquer das partes, desde que se evidencie ter sobrevivido mudança na fortuna de quem fornece alimentos, ou na de quem os recebe. Assim, por exemplo, se com o seu crescimento os filhos necessitam de maiores recursos para estudo ou vestuário, ou se provam que a situação financeira do pai melhorou, em relação à anterior, deve o juiz conceder aumento da pensão alimentícia; ao contrário, se o pai prova que seus ganhos diminuíram, ou que um dos filhos se tornou maior ou que uma filha contraiu matrimônio etc., pode pedir redução dos alimentos a que foi anteriormente condenado (CC/1916, art. 401/ CC/2002, art. 1.699)” (RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: direito de família. v.6. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 425).

*apreciem relações jurídicas continuativas, também não estão sujeitas aos efeitos da coisa julgada (art. 471, inciso I, CPC). Alterando-se as condições fáticas ou jurídicas que envolvem as partes que se sujeitavam ao comando da sentença, a situação poderá e deverá ser revista*<sup>84</sup>.

---

<sup>84</sup> *in* Direito Processual Civil. v.2. Coords. Milton Paulo de Carvalho e Daniel Pentead de Castro. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 222.

## 6. Legitimidade do cônjuge para figurar no polo passivo de ação de arbitramento de aluguel de imóvel comum. Conflito entre regimes de comunhão e condomínio

Acerca da legitimidade do cônjuge para figurar no polo passivo de ação de arbitramento de aluguel de imóvel comum, há duas correntes: uma que entende existir somente após a partilha dos bens do casal e outra que entende que essa legitimidade existe, independentemente da partilha dos bens, que não é condição da propositura de ação de arbitramento de aluguel.

A corrente que entende que o cônjuge não possui legitimidade para figurar no polo passivo de ação de arbitramento de aluguel de imóvel comum enquanto não realizada a partilha de bens do casal, defende sua posição com base no argumento de que a comunhão advinda do regime de bens do casamento é diferente do condomínio convencional, pois, enquanto não operada a partilha, o patrimônio continua sendo comum e a posse é exercida “*ex proprio jure*”, não sendo possível exigir aluguel antes da individualização do quinhão de cada um dos cônjuges<sup>85</sup>.

Ressalta-se aqui, que o condomínio é regulado em capítulo distinto daquele que regula o regime de bens do casamento e a partilha, sendo que, estes últimos são matérias de Direito de Família, de modo que não podem ser confundidas.

Com a partilha de bens é que haverá direito a fração ideal - e não mais sobre a metade do bem comum, até então indivisível - e ter-se-á confirmação do direito de cada um dos cônjuges sobre o imóvel e, portanto, será possível analisar a

---

<sup>85</sup> "Casamento. Regime de comunhão universal de bens. Direito ao uso destes. - A comunhão resultante do matrimônio difere do condomínio propriamente dito, porque nela os bens formam a propriedade de mão comum, cujos titulares são ambos os cônjuges. - Cessada a comunhão universal pela separação judicial, o patrimônio comum subsiste enquanto não operada a partilha, de modo que um dos consortes não pode exigir do outro, que estiver na posse de determinado imóvel, a parte que corresponderia à metade da Renda de um presumido aluguel, eis que essa posse, por princípio de Direito de Família, ele exerce "*ex proprio jure*". - Recurso conhecido pela letra "C" e provido." (STJ, REsp nº 3710/RS, 4ª Turma, Rel. Min. Torreão Braz, J. 21/06/95). "Processual Civil. Agravo Regimental no Recurso Especial. Arbitramento de Aluguel. Imóvel de Propriedade comum dos conjugues. Separação judicial em curso. Inexistência de partilha de bens. Impossibilidade da cobrança de aluguel. ...Decisão Mantida. 1. De acordo c a jurisprudência desta Corte, é possível o pedido de arbitramento de aluguel pela ocupação exclusiva do imóvel por um dos ex-cônjuges somente após a separação judicial e a partilha dos bens. Precedentes... . 3. Agravo Regimental a que se nega provimento." (STJ, AgRg no REsp 1278071/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, J.11/06/2013).

possibilidade de arbitramento de alugueis em virtude do uso exclusivo desse imóvel por um dos cônjuges<sup>86</sup>.

Ademais, essa corrente considera legítima a permanência de um dos cônjuges no imóvel quando há ordem judicial de afastamento do outro em cautelar de separação de corpos, de modo que esta ordem também impede o arbitramento do aluguel em benefício do cônjuge afastado<sup>87</sup>.

Essa corrente também considera que, enquanto não operada a partilha de bens do casal, o cônjuge que não está usufruindo do imóvel comum cujo aluguel seria buscado, geralmente está na posse de outros bens comuns, situação que também deve ser considerada para se indeferir o pleito de arbitramento de alugueres<sup>88</sup>.

Alguns defensores dessa corrente justificam sua posição também com base no artigo 6º da Constituição Federal, tendo em vista que a moradia é direito constitucionalmente garantido ao cônjuge que ocupa o bem imóvel comum ao casal.

Destarte, a corrente que defende a legitimidade passiva do cônjuge em ação de arbitramento de aluguel de imóvel comum, independentemente de partilha dos bens do casal, fundamenta-se no fato de que, a despeito de não terem sido partilhados os bens comuns, a propriedade das partes sobre o imóvel, que está sendo usado por apenas um dos cônjuges, foi demonstrada, de modo que

---

<sup>86</sup> “Arbitramento de alugueres. Extinção do processo sem apreciação do mérito. Ação movida pelo ex-marido em face da ex-esposa por meio da qual busca a fixação de alugueres em razão da utilização de bens comuns não partilhados em ação de separação judicial. Impossibilidade. Necessidade de prévia partilha de bens com a individualização do quinhão de cada um. Carência da ação configurada. ... Recurso improvido ... o apelante ainda é carecedor desta ação de arbitramento de alugueres porque, sem a partilha dos bens efetivamente concretizada em que se individualizará pormenorizadamente o quinhão de cada um, não se pode saber se existe direito a alugueres ...” (TJSP, Apelação nº 9188412-49.2006.8.26.0000, 3ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Adilson de Andrade, J. 31/05/2011).

<sup>87</sup> “... Separação Judicial. Reconvenção. Ausência. Separação judicial. Reconvenção. Imóvel comum utilizado por apenas um dos Cônjuges. Indenização. Impossibilidade ... A jurisprudência desta Corte admite o arbitramento de aluguel, bem como o ressarcimento pelo uso exclusivo de bem integrante do patrimônio comum do casal apenas nas hipóteses em que, decretada a separação ou o divórcio, e efetuada a partilha um dos cônjuges permaneça residindo no imóvel. III – ... o uso exclusivo do imóvel decorrente de cumprimento de ordem judicial que determinou a separação de corpos. ...Agravo Regimental improvido”. (STJ, AgRg no REsp 1212247/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, J 27/04/2010).

<sup>88</sup> “Arbitramento de aluguel. Imóvel de propriedade dos Cônjuges com separação de corpos determinada. Sentença que fixou o dever de pagar aluguéis relativos à meação de bens comuns na posse exclusiva de um só deles. Descabimento. Pedido formulado antes da partilha de bens. Imóvel pertencentes a ambos os cônjuges, em regime de comunhão parcial. Casal que possui outros imóveis. Recurso provido.” (TJSP, Apelação nº 9124590-18.2008.8.26.0000, 6ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Sebastião Carlos Garcia, J. 08/09/2011).

inadmissível que apenas um dos condôminos faça uso do bem sem o pagamento de contraprestação ao outro.

Antes da partilha, os bens permanecem em estado de mancomunhão<sup>89</sup> ou condomínio de mão comum, ou seja, os bens pertencem ao casal e não a cada um dos cônjuges em partes ideais.

Nesses casos, as partes se encontram separadas de fato e, muitas vezes, com separação de corpos decretada judicialmente, sem qualquer possibilidade de reconciliação, sendo irrelevante, para o arbitramento do aluguel, o fato de um dos cônjuges permanecer residindo no imóvel em virtude de ordem prolatada em medida cautelar de separação de corpos, por exemplo. A determinação de afastamento de um dos cônjuges do domicílio conjugal, fixado em imóvel de propriedade de ambos os cônjuges, não se confunde com o direito do mesmo de obter contraprestação pelo uso desse imóvel, que também lhe pertence.

Aplicam-se, nessa corrente, as normas do condomínio (artigos 1.314 e seguintes do Código Civil), estabelecido com o título de propriedade do bem, que pode ser a matrícula ou o instrumento de venda e compra, não sendo a ausência de registro no Cartório de Registro de Imóveis impeditivo a tal pleito.

A aplicação das normas do condomínio se dá porque este existe independentemente da separação ou da partilha de bens, partilha esta cujo efeito é meramente declaratório e não atributivo da propriedade<sup>90</sup>. A instituição do

---

<sup>89</sup> “*Ação de arbitramento de aluguel. Separação de Corpos. Efeitos. Possibilidade jurídica do pedido. Presença de todas as condições da ação. Uso exclusivo do imóvel por um dos cônjuges. Mancomunhão caracterizada. Enriquecimento ilícito vedado. Obrigação reconhecida ... As partes litigantes são casadas, sob o regime da comunhão universal de bens, ocorrendo a separação de corpos ... Os documentos apresentados demonstram a propriedade do bem imóvel atribuída ao casal, sendo fato incontroverso a ocupação do bem, com exclusividade, pela requerida ... A sentença que decreta a separação, por possuir eficácia desconstitutiva, produz efeitos a partir de seu trânsito em julgado. No entanto, tendo sido deferida a separação de corpos, os efeitos da sentença retroagem à data de sua concessão... Depois da separação de fato, da separação jurídica ou do divórcio, sem a realização da partilha, os bens permanecem em estado de mancomunhão ... quer dizer que os bens pertencem a ambos os cônjuges ou companheiros em “mão comum” ... Separado o casal, modo frequente, fica o patrimônio na posse de somente um dos cônjuges. Sendo dois os titulares e estando somente um usufruindo o bem ... cabe impor o pagamento pelo uso exclusivo de bem comum ... O uso exclusivo do imóvel pela apelante foi pela mesma reconhecido, o mesmo ocorrendo com o decreto judicial de separação de corpos em atendimento ao pedido liminar formulado em Medida Cautelar, que ocasionou a saída do apelado do lar conjugal, permitindo a partir de então a caracterização do dever de remunerar a parte contrária pelo uso exclusivo da coisa comum, sob pena de se coroar o enriquecimento sem causa, vedado por nosso ordenamento jurídico ...” (TJSP, Apelação nº 9171936-96.2007.8.26.0000, 10ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Marcia Regina Dalla Déa Barone, j. 10.05.2011).*

<sup>90</sup> “*Arbitramento de aluguel. Separação ajuizada. Partilha ainda não realizada. Irrelevância. Condomínio estabelecido com o título de propriedade. Efeito da partilha que é meramente declaratório e não atributivo da propriedade. Pedido de contraprestação pela ocupação exclusiva*

casamento não mais subsiste, apenas um revestimento jurídico<sup>91</sup>, que não pode servir como escusa para prejudicar um cônjuge em detrimento do outro, quando, sobre o bem específico em que se busca o arbitramento de aluguel, possuem os mesmos direitos.

Ademais, os efeitos da separação judicial ou do divórcio retroagem à data da decisão de separação de corpos, sendo certo que um dos efeitos da separação judicial e, por conseguinte, do divórcio, é a extinção do regime de bens entre as partes (artigos 1.575 do Código Civil e artigo 8º da Lei nº 6.515/77), sendo este mais um fundamento para demonstrar a possibilidade de arbitramento de aluguel de imóvel comum utilizado por apenas um dos cônjuges.

Essa corrente ressalta que, impedir o arbitramento de aluguel de bem comum sob a alegativa de ausência de partilha de bens - cuja finalização pode demorar anos em virtude dos processos litigiosos que podem envolver a separação ou

---

*desde a liminar de separação de corpos. Possibilidade jurídica do pedido. Vedação do enriquecimento ilícito. Extinção afastada, determinado o regular prosseguimento do feito. Recurso provido ... A prematura extinção do feito há de ser afastada. No momento da propositura da ação, as partes estavam casadas sob o regime da comunhão de bens, ocorrendo a separação de corpos em razão liminar proferida em autos de Medida Cautelar... presentes todas as condições da ação. Isso porque o condomínio existe, independentemente da separação ou partilha dos bens ... o efeito da partilha é meramente declaratório e não atributivo da propriedade. Os direitos do condômino já se encontram definidos no título de propriedade e retroagem à data deste. A divisão individual fisicamente o quinhão de cada um deles. Opera-se materialização da fração ideal ou cota ideal de cada um dos consortes na coisa comum. Temos a atribuição de um quinhão fisicamente individuado pela sua medição, localização e delimitação do imóvel comum, a cada um dos condôminos. Materializado o quinhão, este é tido como propriedade desde o instante em que se constitui o condomínio ... Aquele que faz uso exclusivo da propriedade em comum deve pagar aluguel aos demais condôminos, nos termos da lei, independentemente de estipulação contratual. Sob pena de enriquecimento ilícito ...” (TJSP, Apelação nº 9150262-62.2007.8.26.0000, 8ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Luiz Ambra, j. 05.10.2011).*

<sup>91</sup> *“Condomínio. Utilizado por um dos condôminos com exclusividade de imóvel objeto de partilha em divórcio litigioso. Casal separado de fato ... Direito do outro comunheiro de receber valor locativo correspondente à sua cota parte de 50% ... Indenização ... Ação improcedente. Sentença reformada. Recurso do autor provido em parte ... Indiscutível a possibilidade de se exigir o pagamento de aluguel proporcional do condômino que utiliza a coisa com exclusividade, em detrimento dos demais, com fundamento no princípio que veda o enriquecimento sem causa. Embora a lei não explicita, tal situação é admitida de longa data pela doutrina e jurisprudência ... compartilho do entendimento de Maria Berenice Dias, que mesmo antes da separação judicial e independentemente da propositura da ação de partilha, admite o pagamento pelo uso exclusivo de bem comum, sob pena de cancelar o enriquecimento injustificado ... a separação de fato do casal provoca efeitos jurídicos, pois não há mais há instituição do casamento, mas apenas a sua carcaça jurídica, desprovida de conteúdo, Parece violar a cláusula geral que veda o enriquecimento sem causa, assim, que durante a longa tramitação de uma ação de separação, possa um dos cônjuges usar e fruir com exclusividade o patrimônio comum, em detrimento do outro ... O recurso comporta provimento, para o fim de julgar procedente a demanda, condenando a ré a pagar 50% do valor locativo do imóvel ...” (TJSP, Apelação Cível nº 0126205-84.2008.8.26.0005, 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Francisco Loureiro, j. 04.08.2011).*

divórcio de um casal -, seria anuir com o enriquecimento sem causa, vedado em nosso ordenamento jurídico (artigo 884 do Código Civil).

Em nosso entendimento, esta segunda corrente é a mais adequada e a que melhor atende à finalidade do direito, pois não se pode admitir que, inobstante os cônjuges tenham o mesmo direito sobre determinado bem imóvel, um deles seja o único a usar, fruir e gozar desse bem, sem qualquer contraprestação ao outro, em evidente violação ao direito de propriedade (artigo 5º, *caput* e XXII, da Constituição Federal) e causando enriquecimento sem causa (artigo 884 do Código Civil), em virtude da não regularização de estado civil, situação que pode depender de diversos fatores que envolvem a separação ou o divórcio do casal.

## 7. CONCLUSÃO

O presente estudo demonstra a importância da aplicação dos princípios processuais no Direito de Família e das Sucessões e de respeito desses princípios para que o processo atenda sua finalidade e tramite de forma a resguardar os direitos dos envolvidos, considerando a relevância e especificidades desse sensível ramo do direito.

Ademais, foi demonstrada a existência de aspectos polêmicos sobre legitimidade no Direito de Família e das Sucessões, destacando a necessidade de aplicação das normas de direito processual em consonância com as normas de direito material, atentando-se para o posicionamento da doutrina e da jurisprudência e a evolução desse posicionamento, de significativa relevância.

## 8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Arruda. Curso de direito processual civil, v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

AMORIM, José Neves; e MARTINS, Sandro Gilbert. Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Elviesier, 2009.

CAHALI, Yussef Said. Dos Alimentos. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CARVALHO, Milton Paulo de; CASTRO, Daniel Penteado de. [Coords.]. Direito Processual Civil. v.2. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

CATEB, Salomão de Araújo. Direito das Sucessões. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, v. II, 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família. v. 5. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FILHO, Vicente Greco. Direito Processual Civil Brasileiro. v. 2. 16ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze; e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: direito de família - as famílias em perspectiva constitucional. v.6. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Orlando. Sucessões. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Direito de Família. v. VI. São Paulo: Saraiva, 2005.

LIGIERA, Wilson Ricardo. Direito Civil explicado por meio de casos práticos: sucessões. São Paulo: Nelpa, 2009.

MADALENO, Rolf. Direito de Família e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo. V.1. 3ª ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MATOS, Tereza. Novo direito das sucessões: teoria e prática. 2ª ed. São Paulo: Método, 2008.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Processo Civil Moderno: parte geral e processo de conhecimento. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MONTEIRO, Washington de Barros; TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. Curso de Direito Civil: direito de família. v.2. 42ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NERY, Rosa Maria de Andrade. Manual de Direito Civil: Família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NERY JUNIOR, Nelson. Código Civil Anotado. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil: Direito de Família. v. 5. 17ª ed. rev. atual. Tânia da Silva Pereira.

Revista Consultor Jurídico. 23/08/2005. Artigo Avós só sustentam netos se não comprometerem sua receita.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: direito de família. v.6. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES, Silvio. Comentários ao Código Civil: parte especial do direito de família. v. 17. coord. Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. [coord.]. Código Civil Comentado. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz; NETO, Theodureto de Almeida Camargo [Coords.]. Grandes Temas de Direito de Família e das Sucessões. v.2. São Paulo: Saraiva, 2014.

TUCCI, José Rogério Cruz e; RODRIGUES, Walter Piva; AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real (Coordenadores) - Processo Civil: Homenagem a José Ignacio Botelho de Mesquita - São Paulo: Quartier Latin, 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito das Sucessões. São Paulo: Atlas, 1991.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Direito de família. v. 6. 3º ed. São Paulo: Atlas S.A., 2003.

WALD, Arnoldo. Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; e TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil. v.1. 9ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.