

RDFAS

REVISTA DE DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES

ANO 8

VOL. 21 - MAIO/AGOSTO 2021

DIREÇÃO

CARLOS ALBERTO GARBI

REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA

COORDENAÇÃO EXECUTIVA

MARCEL EDVAR SIMÕES



AD FAS

Associação de Direito de Família e das Sucessões

REVISTA DE
**DIREITO DE FAMÍLIA
E DAS SUCESSÕES**
RDFAS

Ano 8 • vol. 21 • mai.-ago. / 2021

Direção

CARLOS ALBERTO GARBI
REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA

Coordenação Executiva

MARCEL EDVAR SIMÕES

PUBLICAÇÃO OFICIAL DA
ADFAS – ASSOCIAÇÃO DE DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES
WWW.ADFAS.ORG.BR

REVISTA DE
**DIREITO DE FAMÍLIA
E DAS SUCESSÕES**
RDFAS

Ano 8 • vol. 21 • mai.-ago. / 2021

CONSELHO EDITORIAL

Conselho Editorial Internacional

Alicia García de Solavagione
André Dias Pereira
Columba del Carpio Rodriguez
Juan Alfredo Obarrio Moreno
Lorenzo Bujosa

Conselho Editorial Nacional

Eduardo de Oliveira Leite
Francisco Eduardo Loureiro
Ives Gandra da Silva Martins
Nelson Nery Júnior
Rosa Maria de Andrade Nery
Verônica A. da Motta Cezar-Ferreira

Pareceristas

Alexandre Gaetano Nicola Liquidato – Bruno de Ávila Borgarelli – Caio Chaves Morau – Caio Martins Cabeleira – Débora
Vanessa Caús Brandão – Fernando Speck de Souza – George Ibrahim Farath – José Francisco Rolim – Laura Souza Lima e
Bríto – Lauane Braz Andrekowisk Volpe Camargo – Marcelo José Grimone – Marcelo Orlando Mendes – Mariana Conti
Craveiro – Pedro Ricardo e Serpa – Ricardo Rossetti – Rodrigo Vaz Sampaio – Rodrigo Xavier Leonardo – Venceslau Tavares
Costa Filho – Vera Lúcia Viegas Liquidato

ISSN. 2358-2057

Periódico avaliado no extrato B2 CAPES

REVISTA DE
**DIREITO DE FAMÍLIA
E DAS SUCESSÕES**
RDFAS

Ano 8 • vol. 21 • mai.-ago. / 2021

Direção

CARLOS ALBERTO GARBI
REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA

Coordenação Executiva

MARCEL EDVAR SIMÕES

Comissão de redação

ANDRÉ FERNANDO REUSING NAMORATO
DANIELE SIMÕES SOLON SOARES E SILVA NAMORATO
MARCEL EDVAR SIMÕES
ROBERTA DREHMER DE MIRANDA

Os colaboradores desta Revista gozam da mais ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhes a responsabilidade sobre as ideias e os conceitos emitidos em seus trabalhos.

© edição e distribuição da

ASSOCIAÇÃO DE DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES - ADFAS

Rua Maria Figueiredo, 595 – 5º andar
04002-003 - São Paulo - SP

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo – Lei 9.610/1998.

CONTATO ADFAS

(atendimento, em dias úteis, das 8h30 às 18h00)

Tel. (11) 3252-2131

E-mail: contato@adfas.org.br

e-mail para submissão de originais

rdfas@adfas.org.br

Visite nosso site

www.adfas.org.br

Fechamento desta edição: [07.12.2021]

APRESENTAÇÃO

A RDFAS – Revista de Direito de Família e das Sucessões – é órgão de difusão científica e cultural da ADFAS - Associação de Direito de Família e das Sucessões.

A ADFAS tem o propósito de estudar e difundir o Direito de Família e das Sucessões, assim como as disciplinas correlatas, jurídicas e não jurídicas, e restaurar o estudo dogmático desses ramos do Direito, considerando que a família, como base da sociedade e núcleo essencial à tutela dos direitos da personalidade, necessita de proteção, em razão do desprestígio causado por interpretações dissonantes dos anseios sociais e da ordem constitucional e infraconstitucional, e que é o centro natural da criação e educação de crianças e adolescentes, assim como dos cuidados aos idosos, e que o Direito de Família e das Sucessões envolve o interesse social e não é limitado aos interesses individuais.

Nada obstante, a RDFAS foi concebida como um veículo destinado ao diálogo entre os operadores do Direito das mais variadas vertentes, de modo que está aberta à participação de todas as correntes do pensamento, sem perder de vista a supremacia da segurança jurídica.

Cada um dos autores se posiciona livremente sobre temas atuais e polêmicos, de modo que os artigos não refletem pensamento unívoco, em razão da divergência de opiniões e também porque tocam em assuntos que representam novidades no cenário doutrinário e jurisprudencial.

Assim, a RDFAS tem o propósito de noticiar as ideias e os debates que surgem do Direito de Família e das Sucessões e desenvolver um espaço de meditação sobre seus reflexos na atividade dos professores, pesquisadores, magistrados, promotores, procuradores, advogados, estudantes de graduação e pós-graduação.

Com periodicidade quadrimestral, a RDFAS contém artigos e outros textos científicos, como comentários sobre importantes acórdãos dos Tribunais Estaduais e, bem assim, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Carlos Alberto Garbi

Regina Beatriz Tavares da Silva

PRESENTACIÓN

“RDFAS” Revista de Derecho de Familia y de Sucesiones, es un órgano de difusión científica y cultural de “ADFAS “Asociación de Derecho de Familia y de Sucessões.

“ADFAS” tiene como propósito de estudiar y difundir el Derecho de Familia y de las Sucesiones, así como las disciplinas correlativas, jurídicas y no jurídicas, y restaurar el estudio dogmático de esas ramas del Derecho, considerando que la familia, como base de la sociedad es núcleo esencial de la tutela de los derechos de la personalidad, necesita de protección, en razón del desprestigio causado por interpretaciones dissonantes de las ansias sociales que dan orden constitucional e infraconstitucional, y que es el centro natural de creación y educación de los niños y adolescentes, así como de los cuidados de los ancianos.

El Derecho de Familia y de las Sucesiones envuelve el interés social y no es limitado a los intereses individuales.

No obstante, RDFAS fue concebida como un vehículo destinado al diálogo entre los operadores del derecho de las más variadas vertientes, de modo que se encuentra abierta a la participación de todas las corrientes de pensamientos, sin perder jamás de vista el ordenamiento y la supremacía de la seguridad jurídica.

Cada uno de los autores se posiciona libremente sobre temas actuales y polémicos, de modo que los artículos no reflejen pensamiento unívoco, en razón de la divergencia de opiniones y también porque desarrollan de forma independiente, corrientes que representan novedades en el escenario, jurídico, doctrinario y jurisprudencial.

De esta manera, RDFAS tiene como propósito de presentar las ideas, pensamientos y los debates que surgen en el Derecho de Familia y de las Sucesiones y en desenvolver un espacio de meditación sobre sus reflexiones en la actividad de los profesores, investigadores, magistrados, promotores, procuradores, abogados y estudiantes de licenciatura y posgrado.

Con periodicidad cuadrimestral, “RDFAS” contiene artículos y otros textos científicos, como comentarios sobre importantes acordadas de los tribunales estatales, como así también, del Superior Tribunal de Justicia y del Supremo Tribunal Federal.

Carlos Alberto Garbi

Regina Beatriz Tavares da Silva

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	4
 DOCTRINA NACIONAL	
 Casamento, união estável e regime de separação de bens	
<i>Marriage, de facto relationship and separation property regime</i>	
Eduardo de Oliveira Leite	8
 Pessoa idosa: da vulnerabilidade à proteção	
<i>Elderly person: from vulnerability to protection</i>	
Luciana V. F. da Costa	28
 Entre o direito e o afeto: os alimentos devidos ao genitor idoso ausente na vida dos seus filhos	
<i>Between law and affection: support owed to the elderly parent absent from their children's lives</i>	
Cynthia Maria de Almeida Pierri, Jorge Luiz Rodrigues Campanharo, Julia Hannah Santos Pereira, Marinara Pontarolo, Vitor Hugo Carvalho Miranda	42
 Considerações sobre o regime jurídico dos sonegados no direito sucessório brasileiro	
<i>Considerations on the legal regime of concealed decedent's property in Brazilian inheritance law</i>	
Luiz Guilherme Martins Costa e João Vitor Silva Rodrigues	65
 NORMAS DE PUBLICAÇÃO	 84

REVISTA DE
**DIREITO DE FAMÍLIA
E DAS SUCESSÕES**
RDFAS

Ano 8 • vol. 21 • mai.-ago. / 2021

DOCTRINA NACIONAL

CASAMENTO, UNIÃO ESTÁVEL E REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS¹

MARRIAGE, DE FACTO RELANTIONSHIP AND SEPARATION PROPERTY REGIME

Eduardo de Oliveira Leite

Doutor em Direito Privado pela Faculdade de Direito da Universidade de Paris – Nouvelle Sorbonne/France; Pós-Doutor em Direito de Família pelo Centre du Droit de la Famille – Université Jean Moulin – Lyon/France; Professor Titular de Direito Civil – Faculdade de Direito da UEM- Maringá/PR.; Professor Titular na Faculdade de Direito da UFPR, PR; Membro da Academia Paranaense de Letras Jurídicas – APLJ/Curitiba/PR.; Membro fundador da ADFAS – Associação de Direito de Família e das Sucessões – São Paulo/SP; Advogado; Professor. Escritor e Parecerista.

Resumo: O presente artigo analisa a configuração do regime da separação de bens no casamento e sua aplicabilidade à união estável, especialmente quanto a dois aspectos, a saber, (i) a presunção de comunhão dos bens adquiridos na constância da união (nos termos da súmula 377 do STF) e (ii) a aplicação das hipóteses de regime de separação obrigatória de bens previstas no art. 1.641 do Código Civil também à união estável.

Palavras-chave: Casamento. União Estável. Regime de Separação de Bens.

Abstract: *This article analyzes the configuration of separation property regime in marriage and its applicability to de facto relationships, especially regarding two aspects, namely, (i) the presumption of communion of assets acquired during the union (according to precedent 377 of the Brazilian Supreme Court) and (ii) the application of the hypotheses of mandatory separation property regime provided for in art. 1.641 of the Civil Code also to de facto relationships.*

¹ Como citar este artigo: LEITE, Eduardo de Oliveira. *Casamento, União Estável e Regime de Separação de bens*. In: *Revista de Direito de Família e das Sucessões (RDFAS)*, Coord. Carlos Alberto Garbi e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Associação de Direito de Família e das Sucessões, mai/ago. 2021, v. 21, p. 8-27.

Keywords: *Marriage. De facto relationship. Separation property regime.*

Sumário. 1. À guisa de introdução. 2. O pacto antenupcial e o regime de separação de bens. 3. A Súmula 377 do STF. 4. Regime de separação de bens nas uniões estáveis.

1. À guisa de introdução

É sabido que uma das virtudes dos brasileiros é a criatividade, aspecto sempre ressaltado pelos estrangeiros que passaram pelo Brasil como, igualmente, pelos que aqui se instalaram em caráter definitivo. Quer em situações normais, quer nas anormais que demandam soluções imediatas e factíveis de modo a contornar os problemas, a gente brasileira sempre consegue enfrentar as dificuldades com razoável dose de otimismo e objetividade materializados em respostas condizentes com o desafio existencial.

Esta criatividade, como toda manifestação espontânea de um agrupamento humano, pode se manifestar de forma positiva ou negativa, dependendo das circunstâncias, da ótica examinada e do grau de dificuldade suscitados pela existência humana. A virtude é positiva quando encontra como limite o bom senso e a razoabilidade ditados pelo que é justo. Mas esta mesma virtude pode sinalizar aspectos negativos quando adentra no terreno das invenções capazes de comprometer os princípios e as premissas da boa ciência jurídica.

Em se tratando do mundo jurídico este defeito, ou desvio de conduta, pode gerar graves consequências, de efeitos devastadores quando, em vez, de solucionar cria dúvidas, confusão e distorção da realidade promovendo injustiças e propostas contrárias às expectativas humanas o que, lamentavelmente vem ocorrendo na atualidade com uma frequência preocupante que não só fragiliza a ordem jurídica, mas, o que é mais grave, leva a comunidade a duvidar do Poder Judiciário.

Assim, a título de exemplo, a “perda dos fundamentos metajurídicos ligados à tradição judaico-cristã tem conduzido ao abandono de alguns ‘consensos’²

² Ou, princípios inegociáveis, como “a proteção da vida em todas suas fases; o reconhecimento e a promoção da estrutura natural da família e a sua defesa de todas as tentativas de a tornar

como a monogamia e a natureza institucional das relações conjugais”³, provocando distorções absurdas que legitimam o adultério e a poligamia (chamado de forma edulcorada, de *poliamor*, quando, na realidade nada mais é do que *polipromiscuidade*⁴), asseverando a eficácia jurídica de arranjos que envolvem duas ou mais pessoas; a alegação – totalmente equivocada – de que tais relações podem ser objeto de registro; a duplicidade de pais e mães, em manifesta contradição ao ditado pela natureza, tudo em nome de um pseudo “afeto” que defende o hedonismo preconizando a satisfação dos desejos como finalidade da vida.

Ora, não é preciso muito esforço para se concluir que tal proposta não encontra legitimidade no ambiente jurídico organizado na díade, direitos e obrigações. Ou melhor dizendo, a cada direito sempre corresponde uma obrigação, ou dever, de modo que os desejos não podem ser guindados como finalidade da vida na medida em que estar-se-ia priorizando os interesses individuais (satisfação dos desejos) em detrimento dos interesses coletivos, da comunidade a que todos seres humanos se encontram irremediavelmente submetidos. Pensar de modo diverso corresponde a fomentar o egoísmo que conduz ao caos. E o Direito não pode (nem deve) fomentar o caos o que redundaria, em exíguo lapso temporal, à desordem e à anarquia.

O que se tem constatado na atualidade é uma busca obsessiva pelos estímulos que satisfaçam, a qualquer preço, o prazer. Esta postura perigosa (na medida em que negligencia o “outro”) faz com que as pessoas se sintam vivas, mas não necessariamente, “com vida”. Esta obsessão pelo prazer, só encontra “justificativa” na estimulação e sensação para superar a ausência de sentimentos.

Como afirmou Alexander Lowen, aí reside a natureza do narcisismo que é contrário à dignidade humana, porque sendo egoísta, prepotente e manipulador o narcisista usa o semelhante conforme seus interesses, sem qualquer consideração pelo sofrimento que poderá causar ao seu parceiro. “Essa é a natureza do novo hedonismo (...) o indivíduo narcisista necessita de excitação em sua vida; mas tendo negado seus sentimentos, não consegue experimentar a excitação do anseio e da

juridicamente equivalente a formas radicalmente distintas de união que, na realidade, a prejudicariam, contribuindo para sua desestabilização; a proteção do direito que os pais têm de educar os próprios filhos.” (Roberto de Mattei. *A ditadura do relativismo*, p. 21).

³ RODRIGUES JUNIOR, Luiz Otávio. *Limites da intervenção judicial na separação de bens*, p. 1/6.

⁴ Sinto-me amparado pelas belas e certeiras palavras de Albert Camus quando adverte que “nomear mal as coisas é aumentar a miséria do mundo”. *Poliamor* é uma invenção que além de aumentar a miséria do mundo compromete seriamente as já fragilizadas relações maritais da atualidade.

paixão.”⁵ O narcisismo conduz a um investimento exagerado na imagem da própria pessoa à custa do *self*.

Em matéria de família, onde a regra é a comunhão de interesses e jamais a prevalência de um interesse sobre os demais, a aceitação do hedonismo só pode gerar desastre e sofrimento porque estruturado na primazia do “eu” sobre o “nós”, acaba nulificando a noção de coesão própria do grupo familiar. E quando isto acontece o Direito de Família deixa de existir. Ele se aniquila diante do poder de um em detrimento dos demais. Ele pode até ganhar em liberdade mas perde em responsabilidade.

Nas Varas de Família, tal inversão de valores é cotidianamente vivenciada nas questões de divórcio, na banalização das rupturas conjugais, no abandono material e moral dos filhos, na usurpação de poderes gerador das alienações parentais, no uso indevido do poder parental em relação aos filhos, no abandono dos idosos à própria sorte, enfim, toda uma gama de distorções alicerçadas em um Direito de Família dos “afetos” – leia-se, dos interesses privados – e não em um Direito de Família dos vínculos legais.

Nesta escala ascendente de laxismo jurídico, de relaxamento moral, tudo é possível, tudo ganha uma fina película de validade que se rompe ao mínimo invocar de deveres e responsabilidades. Tudo se torna “líquido”, para invocar uma expressão cara a Zygmunt Bauman. “A vida consumista favorece a leveza e a velocidade. E também a novidade e a variedade que elas promovem e facilitam. É a rotatividade, não o volume de compras que mede o sucesso na vida do *homo consumens*.”⁶ Mas a família não é líquida, ela é constituída de elementos sólidos e somente dentro da solidez é que se criam sujeitos positivos para a sociedade.

Onde e quando a família enfraqueceu, já afirmara Sócrates, o Estado soçobrou. Eis aí uma realidade incontestável. E quando se pretende desconsiderar esta simples realidade, o caos se implanta, a moralidade – que é a dimensão de toda ação humana – desaparece e a infelicidade se instala minando coração e mentes.

Por isso, somente por isso, os juristas e os operadores do direito devem unir esforços e serrar fileiras para não permitir o avanço irresponsável da supremacia do prazer sobre os valores eternos da dignidade humana. Ou, como

⁵ LOWEN, Alexander. *Narcisismo*. A negação do verdadeiro *self*, p. 196.

⁶ BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido*. Sobre a fragilidade dos laços humanos, p.69.

pretende o escritor e filósofo italiano Roberto de Mattei⁷, para não fomentar a ditadura do relativismo, que não reconhece coisa alguma como definitiva e que propõe como medida última o próprio eu e os seus caprichos.

2. O pacto antenupcial e o regime de separação de bens

Um dos aspectos que tem gerado grande polêmica em matéria familiar diz respeito ao regime de bens adotado pelo casal, quer no casamento (arts. 1.639/1.640) quer na união estável (art. 1.725) porque insistem em considerar esta última realidade jurídica igual ao casamento, quando não é. O casamento é uma união formal, enquanto a união estável é informal; portanto, são realidades dicotômicas que se submetem a regimes jurídicos diferentes, como afirma a boa doutrina. Se não existe hierarquia entre as categorias familiares, afirma Tartuce, “não há razão para a sua aplicação à união estável, pois *são institutos diferentes tratados de maneiras distintas* quanto aos direitos e deveres.”⁸ (Grifamos)

No casamento, o legislador nacional sempre admitiu a mais ampla liberdade de opção de regime de bens (art. 1.639), permitindo aos cônjuges determinar o que lhes aprouver. Esta liberalidade admite mesmo que os cônjuges optem por regime misto, desde que não contravenha dispositivo legal. Tal hipótese resgata no ambiente patrimonial do casamento a autonomia da vontade, na sua mais ampla expressão.

Caso não haja convenção expressa dos cônjuges o legislador optou, em caráter subsidiário, ressalte-se, pelo regime da comunhão parcial, como regime legal de bens no Brasil.

⁷ “É minha convicção que o grande debate do nosso tempo não é de natureza política nem econômica, mas de caráter cultural, moral e, em última análise, religioso. Trata-se de um conflito entre duas visões do mundo: a visão daqueles que acreditam que há princípios e valores imutáveis (...) na natureza do homem; e a visão daqueles que sustentam que não existe coisa alguma que seja estável e permanente, mas que todas as coisas são relativas ao tempo, aos lugares, às circunstâncias.

Não existindo valores absolutos nem direitos objetivos, a vida humana reduz-se a uma espasmódica procura do prazer e à satisfação egoísta de instintos e ‘necessidades’ subjetivas, contrabandeadas sob a forma de novos ‘direitos’. A vontade de poder dos indivíduos e dos grupos torna-se então a única lei da sociedade, constituindo-se (...) uma ditadura do relativismo, que não reconhece coisa alguma como definitiva e que propõe como medida última o próprio eu e os seus caprichos.” Introdução à obra *A ditadura do relativismo*, de Roberto de Mattei.

⁸ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil – Direito de Família*, p. 381. Ressalte-se que o autor, na passagem citada, está analisando a incidência do art. 1.641 do CC entendendo que não há imposição da separação obrigatória à união estável em nenhum dos casos previstos no art. 1.641 do Código Civil.

Na união estável, os companheiros podem definir o regime de bens a ser aplicado durante a união, por meio de contrato escrito e, no caso, de ausência de contrato, aplica-se o regime da comunhão parcial de bens, “*no que couber*”. Se para o casamento formal, portanto organizado a partir de direitos e deveres, a regra é a comunhão parcial de bens, na união estável, onde a regra é o informalismo, os companheiros nem sempre dispõem de prova pré-constituída de sua união de modo que, para se beneficiar das vantagens da lei civil, os mesmos deverão provar que sua união corresponde às condições estabelecidas por esta mesma lei.

Este o princípio geral que informa a matéria patrimonial tanto no casamento quanto na união estável. O legislador, porém, estabeleceu um limite à liberdade de opção impondo o regime obrigatório de separação de bens, nas hipóteses arroladas no art. 1.641 do Código Civil.

Assim sendo, na sistemática patrimonial adotada pelo Código Civil atual, quatro são os regimes de bens ofertados pelo legislador, a saber: comunhão universal, comunhão parcial, participação final nos aquestos e separação de bens.

Este último regime, que nos interessa mais de perto, é gênero que admite duas espécies: a separação obrigatória de bens (ou regime da separação legal de bens) previsto no artigo acima citado e o regime de separação convencional de bens, previsto no art. 1.687 do Código Civil.

A dicotomia criada pelo legislador é suficiente a informar que em uma separação obrigatória de bens, a vontade é nula, submetendo-se os interessados, aos ditamos legais (art. 1.641) e na outra, separação convencional de bens, a vontade humana é soberana, confirmando a premissa de que a comunhão de destinos pode ser diferente da comunhão de patrimônios.

Nesta modalidade – separação convencional de bens – as partes de comum acordo, de modo livre e desimpedido, convenciam, por meio de pacto antenupcial, a intenção inequívoca de que não pretendem misturar seus patrimônios. Logo, durante o casamento e findo o casamento, quer por divórcio, quer por morte, os patrimônios permanecem hígidos, pertencendo exclusivamente a cada cônjuge, ou companheiro.

Isto quer dizer, vale destacar, que eventuais tentativas de obter vantagem financeira no término da relação amorosa no regime de separação convencional de bens (estamos sempre nos referindo quer ao casamento, quer à união estável) está fora de cogitação vez que as partes, de comum acordo (pacto antenupcial) assim

convencionaram. Pensar de modo diferente seria anular o dispositivo legal, em manifesto desconhecimento da matéria. Ou, como já tivemos oportunidade de afirmar em obra sobre o Direito de Família⁹, o regime de separação de bens não admite comunhão do que nunca foi comum.

Em outras palavras, as partes têm absoluta liberdade de gerir o seu patrimônio, durante o casamento/união ou após a ruptura. É este o sentido do art. 1.687 não admitindo exegeses restritivas ou extensivas contrárias à *ratio legis*.

Tanto isso é verdade que o novo CPC, em seu art. 73, dispôs que: “O *cônjuge necessitará do consentimento do outro para propor ação que verse sobre direito imobiliário, salvo quando casados sob o regime de separação absoluta de bens.*” (Grifamos). Ou seja, na separação convencional de bens, os cônjuges têm livre disposição de seus bens, inclusive imóveis, sem necessidade do consentimento do outro. Com o advento do novo CPC o debate a respeito da outorga convivencial tenderá a se aprofundar, vez que o dispositivo citado dispõe em sentido totalmente diverso da antiga disposição do art. 10 do CPC de 1994. De qualquer maneira (já havíamos afirmado isso) andou acertado o legislador do novo CPC que respeitou a natureza autônoma do regime de separação convencional de bens.

A novel legislador gizou a importância da autonomia privada como o poder de autorregulamentação dos interesses privados. Embora no Direito de Família o princípio da autonomia privada incida de forma bastante mitigada, “no âmbito dos efeitos patrimoniais do matrimônio, a autonomia privada se manifesta de forma fundamental, pois o conceito base é o da liberdade, de acordo com a dicção do art. 1.639, consagrada na fórmula ‘*o que lhe aprouver*’; assim também na união estável, de acordo com o art. 1.725, ambos do CC/2002.”¹⁰

O pacto antenupcial (arts. 1.653-1.657) é o recurso disponível às partes (quer se trate de cônjuges, quer de companheiros) para formalizar sua opção pela separação de bens e, como documento formal (art. 1.657) produz efeitos quer em relação às partes, quer em relação a terceiros. Desnecessário frisar que, em se tratando de união estável, os companheiros podem optar pela separação convencional no contrato escrito (art. 1.725), produzindo os mesmos efeitos do pacto antenupcial.

⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. Direito Civil Aplicado. Direito de Família, p. 334.

¹⁰ MAIA JUNIOR, Mairan Gonçalves. O regime da comunhão parcial de bens no casamento e na união estável, p. 128,129.

Sempre sob esta ótica e respeitando a lógica que domina a matéria, decisão judicial que impõe a comunicabilidade de bens às partes que optaram pela separação convencional de bens é, no mínimo, *contra legem*, e deve ser afastada sob risco de se comprometer a segurança jurídica desejada pelo legislador e, por certo, pelas partes.

Esta possibilidade – que deve ser rechaçada por contrária à lei e ao desejo das partes – contrariaria, ou melhor, comprometeria a intenção das partes (autonomia privada) que, além de gerar insegurança jurídica e caos, atentaria à validade do dispositivo legal, nulificando-o. O fato dos companheiros gozarem de maior liberdade de ingresso na união estável, ou pelo término (saída) da união, não lhes legitima mais liberdade do que aquela reconhecida aos cônjuges.¹¹

Como já tivemos oportunidade de afirmar, se as partes optaram pelo regime da absoluta separação de bens (art. 1.687), é porque quiseram deixar transparecer, com toda a veemência do pacto antenupcial, que não foram conduzidos ao casamento (ou à união estável) pela atração que a fortuna do *de cuius* poderia ter exercido. Quando o legislador previu a possibilidade da separação convencional (art. 1.687) assim dispôs para impedir que o interesse material viesse a constituir o elemento principal a mover a vontade do outro consorte (ou companheiro). Por meio desse regime elimina-se esta espécie de incentivo.¹²

“Nesse tipo de regime de bens”, adverte Alexandre Assunção, “cada cônjuge pode dispor de seu patrimônio como melhor lhe aprouver. Os bens imóveis adquiridos na constância do casamento serão exclusivos de quem os comprou e registrou. Não existirá bem comum em virtude da disposição desse regime, podendo, entretanto, existir bens comuns, adquiridos mediante condomínio, de natureza estritamente contratual.”¹³

Em dissertação de mestrado sobre a temática, assim doutrinou Fabiana Domingues Cardozo, “Neste regramento patrimonial (...) cada cônjuge é responsável e administra o seu patrimônio da forma que melhor lhe convier (...) O regramento do patrimônio nesse caso permite controle e responsabilidade individualizada sobre o

¹¹ Ver, neste sentido, nosso estudo *A (des)união estável*. In: Eduardo de Oliveira Leite. Estudos de Direito de Família e Pareceres de Direito Civil, p. 275-295.

¹² LEITE, Eduardo de Oliveira. O art. 1.829 do Código Civil e o regime de separação convencional de bens. In: RT, 863, p. 99-111.

¹³ ASSUNÇÃO, Alexandre Guedes Alcoforado (Comentário ao art. 1.687). In: Ricardo Fiuza. *Novo Código Civil Comentado*, p. 1543.

acervo constituído”.¹⁴ Ou seja, a autonomia patrimonial é a regra que domina a matéria.

No mesmo sentido, a torrencial doutrina brasileira – desde a clássica até a atual - sempre afirmando que, em matéria de regime convencional de separação de bens, “... os bens são adquiridos pelos cônjuges (e companheiros) separadamente e há dois patrimônios sem ligação”¹⁵; “... observe-se que na separação de bens prevalece a vontade dos contraentes, que podem no pacto antenupcial, livremente, restringir ou graduar o alcance da separação, bem como a comunicação, ou não, do patrimônio”¹⁶; “Na separação de natureza convencional (...) os nubentes disporão na escritura antenupcial acerca dos aquestos como bem lhes aprouver, impondo-lhes a comunicabilidade ou a incomunicabilidade”¹⁷; “Quando se convencionou o aludido regime, o casamento não repercute na esfera patrimonial dos cônjuges, pois a incomunicabilidade envolve todos os bens presentes e futuros, frutos e rendimentos, conferindo autonomia a cada um na gestão do próprio patrimônio.”¹⁸, entre outros civilistas brasileiros. Sempre a formalização da vontade por meio de pacto antenupcial é elemento fundamental à validade do regime no ambiente jurídico.

A ausência de formalismo da união estável implica em maior controle estatal de uma realidade fática que, sem limites, pode gerar situações de irresponsabilidade, de caos já constatável em uma jurisprudência vacilante, altamente favorável ao abuso. A lei existe para ser cumprida e não para ser relativizada ao sabor dos interesses individuais.

3. A Súmula 377 do STF

O enunciado da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal determina que “*No regime de separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento*”. A Súmula revelava a irresistível preferência do legislador nacional pela comunicação dos aquestos no casamento, o que correspondia à tradição do direito brasileiro em matéria de regime de bens (comunhão universal),

¹⁴ CARDOSO, Fabiana Domingues. *Regime de bens e pacto antenupcial*, p. 85,86.

¹⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, vol. 8, p. 346.

¹⁶ MONTEIRO, Washington de Barros e SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de Direito Civil – Direito de Família*. 43. ed., p. 316.

¹⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. 5. Direito de Família, p. 194.

¹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. Vol. 6 Direito de Família, p. 448.

posteriormente alterado pelo regime da comunhão parcial, como regime legal no Brasil.

A tendência encontrava eco no dispositivo legal do artigo 259 do CC/1916 que assim dispunha: “*Embora o regime não seja o da comunhão prevalecerão, no silêncio do contrato, os princípios dela, quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento.*” A dicção legal era claríssima e não abria margem a qualquer tipo de exegese: o legislador optava pela comunhão dos aquestos em relação a todos os demais regimes de bens que a eles não se referisse.

Aquela proposta legislativa (do CC/1916) gerava uma situação muito especial no Direito de Família brasileiro, vez que, os que casavam sob o regime de separação legal de bens (obrigatória de bens, conforme dicção do art. 1.641 do CC) estavam casando com separação de bens, até a data do casamento, porém, após o casamento, os bens adquiridos se comunicavam entre os cônjuges. A Súmula, como bem apontado por Madaleno, “tornava na prática, letra morta o regime obrigatório da separação de bens, porque sempre haveria divisão conjugal dos aquestos adquiridos onerosamente na constância do casamento.”¹⁹

O objetivo do legislador, repetido pela doutrina e pela jurisprudência, era impedir o enriquecimento ilícito de um dos cônjuges, já que à época – em que as mulheres não estavam inseridas no mercado de trabalho – era comum a aquisição de bens em nome de um dos cônjuges (quase sempre o marido) em detrimento do outro (a mulher, alheia ao mercado de trabalho).

Sob esta ótica, o dispositivo legal sob comento encontrava justificativa na ordem civil brasileira. Com o advento, entretanto, do Código Civil de 2002 – promulgado sob a égide de uma realidade social-econômica completamente diversa – o art. 259 foi revogado, por não mais encontrar legitimidade em uma sociedade estruturada sobre valores diversos daqueles existentes em 1916. O marido deixou de ser o provedor da família, obrigação que passou a ser exercida por ambos os cônjuges.

Revogado o art. 259 a doutrina e a jurisprudência passaram a questionar a vigência da Súmula 377 do STF vez que, nem a nova ordem jurídica reinante, nem a realidade social-econômica legitimavam a incidência daquele postulado.

¹⁹ MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família, p. 91.

Como sói acontecer no Brasil, no qual as posições claras, precisas e objetivas costumam ser postergadas para o futuro, gerando dúvida e confusão, quando não, caos, a doutrina nacional divergiu sobre a vigência da referida Súmula, uns entendendo pela vigência da Súmula e outros arguindo sua inaplicabilidade na atualidade.

Favoráveis à vigência da Súmula são as vozes de Rolf Madaleno, “Inclino-me pela resposta afirmativa (vigência da Súmula) (...) porque sempre foi escopo do enunciado evitar o enriquecimento sem causa ao reconhecer o direito à divisão dos bens hauridos pela conjugação de esforços na *affectio societatis*”²⁰; de José Manfré, “A maior parte dos matrimônios sob o regime de separação legal ou imperativa é constituída de jovens casais, os quais granjeiam patrimônio no curso da sociedade conjugal. Assim, injusto seria, em princípio, não se comunicarem os bens adquiridos mediante esforço comum”²¹ e, igualmente de Silvio Venosa “Note que o texto promulgado do presente Código suprimiu essa expressão (*‘sem a comunhão de aquestos’*) no atual art. 1.641, o que pode, novamente, dar margem a dúvidas quanto à comunicação de aquestos no regime obrigatório, que aliás, traria a solução mais justa na maioria dos casos.”²²

O próprio Venosa, apontando a indefinição de tratamento doutrinário e jurisprudencial acaba reconhecendo que não “... se encontra isenta de discussões (...) Essa matéria é daquelas nas quais há um descompasso entre a doutrina e a jurisprudência.”²³

Neste diapasão há sólida posição doutrinária em sentido contrário à vigência da citada Súmula, como se depreende da crítica manifestada por Francisco José Cahali, ao afirmar “... fácil é concluir que este enunciado não foi recebido pelo novo Código Civil. Isto porque o novel legislador deixou de reproduzir a regra contida no malfadado art. 259 (CC/1916). Dessa forma, superada está a Súmula n. 377, desaparecendo a incidência de seu comando no novo regramento”²⁴; no mesmo sentido a posição de Fabiana Domingos Cardoso, “Conclui-se que (...) não vigorando mais o artigo do Código Civil que motivou o enunciado, este é inaplicável, não sendo suficiente o fato da tradição da regra no ordenamento pátrio, ou da

²⁰ MADALENO, Rolf. Idem, ibidem.

²¹ MANFRÉ, José Antonio Encinas. Regime matrimonial de bens no novo Código Civil, p. 19.

²² VENOSA, Silvio. Idem, p. 328.

²³ VENOSA, Silvio. Idem, ibidem.

²⁴ CAHALI, Francisco José. A Súmula 377 e o novo Código Civil e a mutabilidade do regime de bens. In: Revista do Advogado, nº 76, p. 28-29.

repercussão e importância de seu conteúdo, a sustentar sua manutenção e aplicação atualmente”²⁵; ou, ainda, de Mairan Maia Junior “Respeitando-se, por sua autoridade, as posições de juristas de escol, que defendem a aplicação da Súmula 377, sua incidência não se mostra consentânea com os princípios que disciplinam o regime de bens no matrimônio.”²⁶

A diversidade de opiniões confirma a afirmativa de Venosa, no sentido de que a questão ainda está longe da pacificação desejada.

De qualquer maneira, a pretendida vigência fica negada pela ocorrência de circunstâncias contrárias de difícil contestação.

Assim, a revogação do art. 259 (CC/1916) que fornecia substrato jurídico para a aplicação do regime de separação legal de bens não mais pode ser invocado inexistindo no atual sistema codificado disposição similar.

De igual modo, a ocorrência de assimetria entre marido e mulher, que justificava o suporte fático da aplicação da Súmula 377, não mais existe, face à efetiva existência (agora com previsão constitucional) de direitos e obrigações iguais exercidos pelo homem e a mulher (CF art. 226, § 5º).

Cabe também ressaltar que a incidência da Súmula 377 no regime de separação legal de bens contrariava a natureza mesma do regime, vez que os nubentes casavam no regime da separação, mas após o casamento ingressavam (por força da lei) em regime de comunhão parcial de bens, caracterizando o que Silvio Rodrigues chamou de “armadilha da lei”.

Por derradeiro, é sempre válido resgatar a confusão inevitavelmente gerada pela falta de posicionamento objetivo e preciso da jurisprudência nacional que ora opta pela vigência da Súmula, ora – em posição contrária – entende não ser aplicável aquela Súmula.

No regime de separação convencional de bens (art. 1.687) não há que se cogitar da vigência da Súmula 377 face ao princípio da autonomia privada que rechaça tal possibilidade. Ou, como doutrinaram com total razão, Farias e Rosenvald: “Obviamente, a Súmula não tem aplicação nos casamentos celebrados sob o regime da separação convencional (absoluta) de bens, pois implicaria frontal violação da autonomia da vontade das partes que, livremente, elegeram o regime

²⁵ CARDOSO, Fabiana Domingues. *Idem*, p. 81.

²⁶ MAIA JUNIOR, Mairan Gonçalves. *Idem*, p. 190.

separatório. Seu âmbito de cabimento, assim, fica limitado ao regime de separação legal.”²⁷

É que no regime de separação legal (art. 1.641) há imposição da lei, frustrando eventual manifestação da autonomia da vontade das partes, enquanto no regime da separação convencional de bens (art. 1.687) a vontade das partes é soberana, afastando eventual incidência da Súmula 377 do STF. São realidades distintas que comportam soluções dicotômicas.

Claro está que se o regime da separação convencional de bens se aperfeiçoa no pacto antenupcial, e se no referido documento houve expressa manifestação de ambos os nubentes no sentido de afastar qualquer comunicação patrimonial (inclusive os aquestos), aquela manifestação tem força de lei e não pode se submeter a qualquer tipo de exegese que contrarie a materialização da autonomia privada.

Assim, exemplificativamente, se no pacto ficou estabelecido que as partes casam “...sob o regime da completa e permanente separação de bens, na forma prevista no art. 1.687 do Código Civil, ficando definitivamente excluída qualquer comunhão de aquestos” e, ainda, “Que os bens, seja qual for sua origem e natureza, serão, portanto incomunicáveis ... sob o regime da completa e permanente separação de bens”, as partes afastaram qualquer eventual hipótese de incidência da comunicabilidade dos aquestos, ou qualquer outra eventual comunicação patrimonial.

Se assim agiram é porque, de comum acordo, entenderam que a sua união, física e espiritual, não deveria, sob qualquer hipótese, adentrar no terreno econômico, financeiro, atingindo e concretizando dessa forma, a *mens legis* prevista no art. 1.687, que quer e persegue a separação total de patrimônio dos nubentes.

Como se vê, se o regime é da absoluta separação de bens, não há que se falar em eventual comunicação de bens, nem os anteriormente nem os posteriormente adquiridos ao casamento. Ou como precisou Alexandre Assunção, “Nesse tipo de regime de bens cada cônjuge pode dispor de seu patrimônio como melhor lhe aprouver. Os bens imóveis adquiridos na constância do casamento serão exclusivos de quem os comprou e registrou. Não existirá bem comum em virtude da

²⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*, p. 250.

disposição desse regime, podendo, entretanto, existir bens comuns, adquiridos mediante condomínio, de natureza estritamente contratual.”²⁸

Pensar de modo diferente corresponderia a alterar a vontade inequívoca dos nubentes materializada no pacto antenupcial. Na hipótese de regime da separação legal de bens, a restrição de comunicabilidade encontra termo na própria constituição do casamento, imperando, portanto, o princípio da comunicabilidade a partir do casamento, assim como ocorre no regime da comunhão parcial de bens, comunicando-se os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso.

Na hipótese de regime de separação convencional de bens (art. 1.687), a restrição de comunicabilidade também encontra termo na constituição do casamento, imperando a partir daí, a incomunicabilidade de todos os bens pretéritos, presentes e futuros.

4. Regime de separação de bens nas uniões estáveis

Quanto aos direitos patrimoniais decorrentes da união estável dispõe o art. 1.725 do Código Civil²⁹ que, se não houver contrato escrito entre os companheiros, aplica-se à união estável, o regime da comunhão parcial de bens. Ou seja, aos companheiros o legislador abre duas vias, ou casam sem contrato, aderindo ao regime legal de bens, que é a comunhão parcial, ou optam por regime diverso por meio de contrato de convivência.³⁰

O legislador apresenta a comunhão parcial, como padrão, que pode ser afastado pelo contrato de convivência, optando por outro regime de bens. Logo, as partes podem optar pela comunhão universal de bens, como também pelo regime da separação de bens.

²⁸ ASSUNÇÃO, Alexandre Guedes Alcoforado. Idem, p. 1543. Nesse sentido, jurisprudência do STJ: “O regime jurídico da separação de bens voluntariamente estabelecido é imutável e deve ser observado, admitindo-se, todavia, excepcionalmente, a participação patrimonial de um cônjuge sobre bem do outro, se efetivamente demonstrada, de modo concreto, a aquisição patrimonial pelo esforço comum, caso dos autos, em que uma das fazendas foi comprada mediante permuta com cabeças de gado que pertenciam ao casal.” (STJ, REsp 286.514/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 02.08.2007, DJ 22.10.2007, p, 276).

²⁹ “Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.”

³⁰ Ver, neste sentido, a monografia de Francisco José Cahali, *Contrato de convivência*.

A primeira questão que se impõe é a de saber se há presunção de comunhão de aquestos na constância da união mantida entre os companheiros, sendo desnecessária a prova do esforço comum para se comunicarem os bens adquiridos a título oneroso durante a convivência. Após as vacilações doutrinárias e jurisprudenciais próprias do reconhecimento de uma nova figura jurídica (a união estável adentrou no sistema codificado brasileiro, após a promulgação do CC/2002) a tendência se direcionou em considerar desnecessária a prova do esforço comum, proposta que já constava do Enunciado n. 115 aprovado na I Jornada de Direito Civil.

Em assim sendo, está superada a ideia de prova de esforço comum para a comunicação de bens na união estável.

A segunda questão, que ainda gera polêmica no ambiente jurídico nacional, é a de saber se as hipóteses previstas no art. 1.641 do CC³¹ se aplicariam aos companheiros nas uniões estáveis. Em outras palavras, esta norma restritiva de autonomia privada se aplica igualmente às uniões estáveis?

Sem vacilar, entendemos que sim. Se respondermos negativamente estamos favorecendo o companheirismo (união estável) em detrimento do casamento, o que nunca foi cogitado pelo constituinte de 1988, tanto é que se referiu à possibilidade de conversão da união estável em casamento (art. 226, § 3º da CF) estabelecendo uma hierarquia nas entidades familiares. Ademais, não é possível impor restrições no regime de bens no casamento sem estendê-las, por analogia, às uniões estáveis. Tal postura redundaria em flagrante tratamento discriminatório entre as duas entidades familiares, o que também, não foi proposto pela CF/1988.

Como bem pontuado por Regina Beatriz Tavares da Silva³², “esta diferença de tratamento não faz qualquer sentido. Por meio de interpretação sistemática, conclui-se que o art. 1.641, I e II, segundo o qual é obrigatório o regime

³¹ “Art.1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

I – das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;

II – da pessoa maior de setenta anos;

III – de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.”

³² Merece transcrição o exemplo trazido por Regina Beatriz Tavares da Silva, na argumentação de sua defensável tese. “Na união estável, segundo o § 2º do dispositivo em análise, ‘*As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização de união estável*’. Se a interpretação deste dispositivo não levar em consideração o sistema deste Código, a conclusão será a seguinte: se a pessoa se casa, com causa suspensiva ou com mais de setenta anos, submeter-se-á obrigatoriamente ao regime da separação de bens (art. 1.641, I e II) e, se passa a viver em união estável, nas mesmas circunstâncias, não sofrerá qualquer restrição no regime de bens, que, pela lei, será o da comunhão parcial.” (Código Civil Comentado, p. 1881-1882.

de separação de bens das pessoas que se casam com inobservância das causas suspensivas e da pessoa maior de (setenta) anos alcança não só o casamento, mas também a união estável, porque consta das disposições gerais do regime de bens, que se aplicam ao regime da comunhão parcial, regime este que, consoante dispõe o art. 1.725, regula as relações patrimoniais na união estável.”³³

Igual realce deve-se dar à doutrina de Erica Verícia de Oliveira Canuto ao afirmar com absoluta convicção: “É de todo inaceitável que exista sanção de obrigatoriedade do regime de separação de bens em certas situações para o casamento e não tenha a mesma correspondência à união estável. As duas situações (casamento e união estável) devem ser interpretadas de maneira igualitária. OU se impõe também o regime da separação obrigatória de bens para a união estável nas mesmas situações previstas para o casamento (art. 1.641, CC/2002), ou não se aplica para o casamento a restrição ao direito de livre estipulação do regime patrimonial de bens, como se dá na união estável.”³⁴

Apesar de posições contrárias³⁵, é esta tendência, favorável à aplicação do art. 1.641 do CC/2002 às uniões estáveis, que tem seguido o Superior Tribunal de Justiça. Em recente julgado desta Corte Superior³⁶, de Relatoria do Min. Luis Felipe Salomão, o relator do recurso afirmou quanto ao regime legal relacionado à idade (inciso II do art. 1.641) que o STJ já reconheceu que a norma se estende à união estável (REsp 646.259) pondo fim à celeuma que dividia as opiniões doutrinárias e jurisprudenciais.

Com esse entendimento, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso de uma herdeira para remover a viúva de seu pai da inventariança, reconhecendo como válido o pacto antenupcial de separação total dos bens celebrado pelo casal.

O recurso teve origem em pedido de inventário ajuizado pela viúva. O juiz de primeiro grau acolheu a impugnação dos herdeiros para excluí-la da meação ou

³³ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. (Coordenadora da 6ª edição). *Código Civil Comentado*, p. 1882.

³⁴ CANUTO, Érica Verícia de Oliveira. *A mutabilidade do regime patrimonial de bens no casamento e na união estável*. In: Mário Luiz Delgado e Jones Figueiredo Alves. *Questões controvertidas no Novo Código Civil*, vol. 3, p. 175.

³⁵ Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “Como a lei estabelece regra específica para as relações econômicas entre os conviventes na união estável, e não contemplou a previsão do regime de separação obrigatória, não se pode interpretar ampliativamente a exceção prevista para a relação patrimonial própria do casamento.” (TJRS, Apelação Cível 70027870567, Porto Alegre, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. Sérgio Fernando da Silva Vasconcellos Chaves, j. 08.07.2009, DOERS 16.07.2009, p. 35).

³⁶ <https://www.stj.nr/sites/portaip/Paginas/Comunicação/Noticias/15122021>. (Acesso em 27/09/2023).

partilha de bens deixados pelo falecido e removeu-a da inventariança. O Tribunal de Justiça do Paraná, apesar de reconhecer o caráter restritivo do pacto antenupcial, manteve a viúva na função de inventariante.

Na escritura pública celebrada em 2014 o casal declarou que mantinha união estável desde 2007, quando ele contava com 77 anos e ela, 37. O relator do recurso no STJ. Ministro Luis Felipe Salomão, explicou que o Código Civil, em exceção à autonomia privada, restringiu a liberdade de escolha do regime patrimonial dos noivos em certas circunstâncias – como no caso de pessoa maior de 70 anos – reputadas pelo legislador como essenciais à proteção de determinadas pessoas ou situações, as quais foram dispostas no artigo 1.641.

A Segunda Seção, ressaltou, em releitura da Súmula 377 do STF, que, no regime de separação legal, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento (ou união estável) desde que comprovado o esforço comum para sua aquisição.

Segundo o magistrado, em 2016, o STJ também “afastou a obrigatoriedade do regime de separação de bens quando o matrimônio é precedido de longo relacionamento em união estável, iniciado quando os cônjuges não tinham restrição legal à escolha do regime de bens” (REsp 1.318.281) – entendimento consagrado no Enunciado 261 da III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho de Justiça Federal.

Na avaliação do relator, se o objetivo da lei é justamente conferir proteção ao patrimônio do idoso que está se casando e aos interesses de sua prole, “é possível que o pacto antenupcial venha a estabelecer cláusula ainda mais protetiva aos bens do nubente septuagenário – afastando a incidência da Súmula 377 do STF do regime da separação obrigatória – preservando o espírito do Código Civil de impedir a comunhão dos bens do ancião.

O recurso sob comento ressaltou dois pontos fundamentais à matéria ora examinada: 1º) quanto ao regime legal relacionado à idade – inciso II do art. 1.641 – o ministro lembrou que o STJ já reconheceu que a norma se estende à união estável (REsp 646.259) e, de igual modo, 2º) o ministro concluiu ser possível que os noivos ou companheiros, em exercício da autonomia privada, firme m escritura pública para afastar a incidência da Súmula 377 do STF, perfazendo um casamento ou união estável em regime de separação obrigatória compacto antenupcial de separação de bens (ou de impedimento da comunhão do patrimônio).

O aporte dos operadores do Direito e a contribuição segura da jurisprudência nacional tendem a não só resolver dúvidas e questionamentos, mas, o que é mais importante, apresentar soluções colocando pá de cal, em matérias que precisam ingressar no terreno da unanimidade para garantir a segurança jurídica das partes resgatando as funções primordiais do Poder Judiciário, com justiça, bom senso e razoabilidade.

Referências

ASSUNÇÃO, Alexandre Guedes Alcoforado (Comentários ao art. 1.687) In: Ricardo Fiuza. *Novo Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1800-1841.

BAUMANN, Zygmunt. *Amor Líquido*. Sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

CAHALI, Francisco José. *A Súmula n. 377 e o novo Código Civil e a mutabilidade do regime de bens*. In: *Revista do Advogado*, nº 76, ano XXIV, 2004, p. 27-32.

CAHALI, Francisco José. *Contrato de convivência*. São Paulo: Saraiva, 2003.

CANUTO, Érica Verícia de Oliveira. *A mutabilidade do regime patrimonial de bens no casamento e na união estável*. In: Mário Luiz Delgado e Jones Figueiredo Alves. *Questões controvertidas no Novo Código Civil*, vol. 3. São Paulo: Método, 2005, p. 169-182.

CARDOSO, Fabiana Domingues. *Regime de bens e pacto antenupcial*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro. 5. Direito de Família*. 24. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves e ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro. Vol. VI. Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 2009.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *A (des)união estável*. In: Eduardo de Oliveira Leite. *Estudos de Direito de Família e Pareceres de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 275-295.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito Civil Aplicado. Direito de Família*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *O art. 1.829 do Código Civil e o regime de separação convencional de bens*. In: RT – Anbo 96 – setembro de 2007, vol. 863, p. 99-111.

LOWEN, Alexander. *Narcisismo. A negação do verdadeiro self*. São Paulo: Summus, 2017.

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. *O regime da comunhão parcial de bens no casamento e na união estável*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MANFRÉ, José Antonio Encinas. *Regime matrimonial de bens no novo Código Civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

MATTEI, Roberto de. *A ditadura do relativismo*. Porto: Civilização Editora, 2008.

MONTEIRO, Washington de Barros e SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de Direito Civil – Direito de Família*. 43. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, vol. 8. Rio de Janeiro: Borsoi Editor, 1971.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. *Limites da intervenção judicial na separação de bens*. In: *Consultor Jurídico*, 10/outubro/2012, p. 1/6.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Código Civil Comentado*. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. 5. *Direito de Família*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. *Direito de Família*. São Paulo: Atlas, 2010.

PESSOA IDOSA: DA VULNERABILIDADE À PROTEÇÃO¹

ELDERLY PERSON: FROM VULNERABILITY TO PROTECTION

Luciana V. F. da Costa

Mestre em Direito. Especialista em mediação e negociação de conflitos pela
Universidad Castilla-La Mancha (Toledo – Espanha). Advogada

Resumo: Este artigo tem como objetivo abordar a vulnerabilidade e a proteção da pessoa idosa. Em um primeiro momento apresentamos a definição de quem é considerado idoso. Na sequência tratamos da vulnerabilidade da pessoa idosa. Logo mais, abordamos a proteção do idoso, segundo o Estatuto do Idoso e por fim, apresentamos a questão específica da alienação parental e sua aplicação analógica para o idoso.

Palavras-chave: Idoso. Proteção. Estatuto. Alienação parental. Terceira idade.

Abstract: *This article aims to address the vulnerability and protection of the elderly. At first, we present the definition of who is considered elderly. Next, we address the vulnerability of the elderly. Soon, we approach the protection of the elderly, according to the Elderly Statute and finally, we present the specific issue of parental alienation and its analogical application for the elderly.*

Keywords: *Elderly. Protection. Statute. Parental alienation. Third Age.*

Sumário. Introdução. 1. Terceira idade. 2. Vulnerabilidade da pessoa idosa. 3. Proteção do idoso segundo o Estatuto do Idoso. 4. Alienação parental. 5. Alienação parental contra a pessoa idosa. Conclusão. Referências bibliográficas

¹ Como citar este artigo: COSTA, Luciana V. F. da. *Pessoa idosa: da vulnerabilidade à proteção*. In: *Revista de Direito de Família e das Sucessões (RDFAS)*, Coord. Carlos Alberto Garbi e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Associação de Direito de Família e das Sucessões, mai/ago. 2021, v. 21, p. 28-41.

Introdução

O presente trabalho tem como objetivo, abordar de forma elucidativa, a vulnerabilidade e a proteção que a pessoa idosa merece e necessita.

Neste contexto, o presente artigo foi dividido em quatro partes. Na primeira parte, conceituamos o que é a terceira idade, o marco cronológico definido por lei para estabelecer o início dessa nova fase do indivíduo. Em um segundo momento, tratamos sobre a vulnerabilidade do idoso, tal como ocorre com crianças e adolescentes; bem como sua proteção constitucional.

Na terceira parte deste trabalho, tratamos da proteção do idoso segundo o Estatuto do Idoso, suas prerrogativas, os crimes em que são vítimas e a solução que o Conselho Nacional de Justiça encontrou para, principalmente na fase de isolamento social, proteger a pessoa idosa de violência patrimonial ou financeira.

A última parte do artigo, buscou abordar a alienação parental e os motivos que justificam sua aplicação analógica aos idosos, bem como analisar sucintamente os projetos de lei em tramitação que buscam regulamentar essa proteção.

Para esta proposta, utilizamos o método hipotético-dedutivo baseado em pesquisa bibliográfica para analisar elucidativamente as questões relacionadas a vulnerabilidade e proteção das pessoas idosas.

1. Terceira idade

“Envelhecer é um privilégio negado a muitos”. Essa frase, de autoria desconhecida, guarda uma das verdades absolutas da vida, já que é certo que se a morte não chegar na infância ou na fase jovem (idade adulta), todo e qualquer cidadão irá envelhecer.

Rolf Madaleno², ao abordar sobre a terceira idade, comenta:

Boa parte da humanidade parece esquecer que um dia chegará à terceira idade, uma decorrência inevitável do ciclo da

² MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 118.

vida, quando se assomam as perdas e aumentam as dependências da pessoa humana. Muitos acreditam piamente, ou sequer imaginam que irão passar por esse processo de envelhecimento. (...)

Como dito, envelhecer é um processo natural do ser humano e negar a existência desse processo é enganar a si mesmo, tentando afastar os medos e inseguranças que essa fase da vida causa na maioria dos seres humanos.

Com relação aos termos utilizados para definir essa fase da vida, Maria Berenice Dias³, esclarece:

A palavra velho é considerada politicamente incorreta e dispõe de conteúdo ofensivo. Daí o uso do vocábulo idoso que também guarda conotação pejorativa. Por isso, há uma série de expressões que tentam suavizar a identificação das pessoas que somente deixaram de ter plena capacidade competitiva na sociedade: terceira idade, melhor idade, adulto maduro, adulto maior etc. (...).

O ato de envelhecer, por si só, já carrega uma série de preconceitos e medos, por isso, se a utilização de palavras, mas amenas ou duras, for suficiente para aliviar um pouco as tensões dessa fase, não há porque negar seu uso.

De acordo com o artigo 1^a do Estatuto do Idoso, toda a pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos é considerada idosa. Note que o legislador optou pelo critério cronológico para definir o início da “terceira idade”, não retirando da pessoa com 60 (sessenta) anos ou mais o direito de se sentir jovem, conforme seus critérios pessoais. E não poderia ser diferente, já que o artigo 8^o do Estatuto do Idoso esclarece que envelhecer é um ato personalíssimo.

Sobre a opção cronológica para definir a idade, Vitória Salazar Souza e Patrícia Outeiral de Oliveira⁴, esclarecem:

³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4^a edição em e-book. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.101.

⁴ SOUZA, Vitória Salazar; OLIVEIRA, Patrícia Outeiral. *O idoso vítima de alienação parental: a aplicação análoga da Lei 12.318 de 2010*. Revista do Curso de Direito do Centro Universitário Metodista – IPA. Porto Alegre: Justiça & Sociedade, v. 2, n. 1, 2017, p. 117/118. Disponível em:

Para a determinação da idade, utilizou-se o critério objetivo cronológico, partindo-se da premissa geral de que o envelhecimento biológico ocorre quando o indivíduo alcança 60 anos. Para tanto, a velhice normalmente é configurada pela senilidade, na qual a pessoa perde parte de sua capacidade física naturalmente. (...)

Como dito, em momento algum existiu a intenção de definir quando a pessoa deve se considerar idosa, mas tão somente fixar uma idade exclusivamente cronológica para proteger os direitos das pessoas da terceira idade, ainda que essas pessoas se sintam jovens.

Importante lembrar que embora o artigo 3º, inciso nº IV da Constituição Federal, vede toda e qualquer discriminação em razão da idade, há diversos dispositivos legais que buscam proteger a terceira idade, sem significar atos discriminatórios, mas tão somente a proteção pura e simples, assim como se dá com crianças e adolescentes.

Como dito, embora o Estatuto do Idoso atribua a idade de 60 (sessenta) anos ou mais para definir a pessoa idosa, encontramos em outros institutos idades diferentes para conceituar o idoso ou conferir-lhe direitos e proteção.

Nesse sentido, o § 2º do artigo 230 da Constituição Federal, determina que é garantida a gratuidade nos transportes coletivos urbanos a pessoas maiores de 65 (sessenta e cinco) anos de idade.

Como regra geral, a aposentadoria por idade definida pela Emenda Constitucional nº 103/2019 será concedida aos homens maiores de 65 (sessenta e cinco) anos e as mulheres com mais de 62 (sessenta e dois) anos, sem considerar as regras de transição, direito adquiridos e demais critérios fixados na legislação previdenciária.

Na mesma linha de direitos, o artigo 1.048, inciso nº I do CPC e o artigo 71 do Estatuto do Idoso concedem o benefício da prioridade processual as pessoas maiores de 60 (sessenta anos) de idade.

O artigo 1.641 do Código Civil determina que pessoas maiores de 70 (setenta) anos só poderão casar pelo regime de separação obrigatória (legal) de bens. Essa medida visa impedir casamentos por interesse que geralmente ocorre entre pessoas com idades discrepantes.

Como dito, a questão adotada pelo legislador é somente cronológica para facilitar o marco inicial da terceira idade e conceituar com mais precisão quem é considerado idoso, não tendo por objetivo definir como a pessoa se sente em seu íntimo.

2. Vulnerabilidade da pessoa idosa

O artigo 229 da Constituição Federal claramente determina que compete aos filhos maiores ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. Ainda no artigo 230 da Magna Carta determina que a família, sociedade e o Estado têm o dever de amparar os idosos, assegurando sua participação na comunidade; defender a dignidade e o bem-estar do idoso, garantindo o direito a vida. Essas proteções são essenciais, uma vez que os idosos são pessoas vulneráveis e por isso necessitam desse amparo financeiro e afetivo para que tenham uma velhice digna.

A esse respeito Maria Celina Bodin de Moraes e Ana Carolina Brochado Teixeira⁵, esclarecem:

Estabelece a Constituição que “os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”, imputando aos filhos o dever de auxiliar os genitores nos momentos de fragilidade, nos quais se tornam vulneráveis e sem totais condições de gerenciar a própria vida, o que se fundamenta, como mencionado, no princípio da solidariedade. O Direito determina que os filhos tenham o dever de cuidado com aqueles a quem o próprio ordenamento

⁵ MORAES, Maria Celina Bodin; TEIXEIRA, Ana Carolina Brocado. *Comentário ao artigo 229*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 4.647.

jurídico imputou o mesmo dever quando os filhos ainda eram menores. Assim, torna recíproco o dever de zelo, inerente à relação familiar, impondo aos filhos maiores um dever de solidariedade em relação aos pais.

O dever de assistência mútua existe entre todos os membros da família, pelo simples fato do pertencimento a este núcleo. O amparo se intensifica quando os pais precisam de cuidados especiais. (...)

A mútua assistência se faz necessária face o estado de vulnerabilidade dos idosos, garantindo aos pais o direito de envelhecer com dignidade, retribuindo de certa forma, todo o cuidado e atenção que os pais deram aos filhos enquanto crianças e incapazes de se sustentarem. Por essa mesma razão, é dever da sociedade e do Estado colaborar para o envelhecimento digno daqueles que tanto fizeram na juventude e que agora merecem amparo e proteção.

Liane Foppa⁶ ao abordar sobre o princípio da dignidade humana do idoso explica:

Por fim, o princípio da dignidade, tem por objetivo proteger os valores dos idosos quando a sua vulnerabilidade é exacerbada em determinadas circunstâncias. Esse é o principal objetivo do princípio da dignidade, não somente aos idosos, mas a todas as pessoas, protege-las quando sua dignidade é violada. (...)

Com relação aos idosos por serem tão vulneráveis quanto as crianças, é que a Constituição Federal determinou que a proteção da dignidade deve ser ampla, devendo ser exercida pela família, sociedade e Estado.

O disposto no Estatuto do Idoso, reafirma a condição de pessoa vulnerável, assim como a criança, tornando o idoso sujeito de proteção e atenção por parte de todos, indistintamente.

⁶ FOPPA, Liane. *A possibilidade de aplicação da lei de alienação parental do idoso*. In: ZAMBAM, Neuro José (org.); BARTOLOTTI, José Carlos Kraemer (org.). *Estudos sobre Amartya Sen. Democracia e Normatização*, volume 4. Porto Alegre: Editora Fi, 2017, p. 21.

3. Proteção do idoso segundo o estatuto do idoso

Como bem observado por Maria Berenice Dias⁷, “o Estatuto do Idoso constitui-se em um microssistema e consagra uma série de prerrogativas e direitos às pessoas de mais de 60 anos.”, tendo em vista que são normas que definem os direitos e garantias fundamentais da pessoa idosa.

O artigo 2º do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003), estabelece que os idosos gozam de todos os direitos fundamentais que são inerentes à pessoa humana, sendo assegurada a preservação da sua saúde física e mental, seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social a ainda condições de liberdade e dignidade. Em harmonia com o disposto no artigo 230 da Constituição Federal, o artigo 3º do Estatuto do Idoso, reafirma que é obrigação da família, sociedade e Estado assegurar ao idoso, o direito à vida, saúde, alimentação, educação, cultura, esporte, lazer, trabalho, cidadania, liberdade, dignidade, respeito, convivência familiar e comunitária.

Quanto ao foro competente para propositura da ação, em que figure como parte pessoa idosa, o artigo 53, inciso n III, alínea “e” do Código de Processo Civil, determina que é competente o foro do local de residência da pessoa idosa, para as causas que versem sobre direitos disponíveis no Estatuto do Idoso.

Por sua vez, a Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) determina em seu artigo 80 que as ações que versem sobre interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis ou homogêneos, serão propostas no foro do domicílio do idoso, cujo juízo terá competência absoluta para processar a causa, ressalvadas as competências da Justiça Federal e a competência originária dos Tribunais Superiores.

Os crimes contra os idosos, encontra previsão legal nos artigos 93 a 108 do Estatuto do Idoso e dentre os crimes lá tipificados, podemos destacar: impedir ou dificultar o acesso ao idoso a contas bancárias, transporte, direito de contratar ou exercer por qualquer meio a cidadania (artigo 96, §2º do Estatuto); deixar de modo geral de prestar socorro ao idoso (artigo 97); abandonar o idoso ou não prover as suas necessidades básicas (artigo 98 do Estatuto); expor a perigo a saúde, integridade física ou psíquica, submeter a condições desumanas ou degradantes,

⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4ª edição em e-book. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 82.

privando o idoso de alimentos e cuidados necessários (artigo 99); apropriar ou desviar de bens, proventos, pensão ou qualquer rendimento (artigo 102 do Estatuto); reter cartão magnético de conta bancária relativa a benefícios para assegurar o ressarcimento ou recebimento de dívida (artigo 104).

E ainda, induzir o idoso a outorgar procuração (artigo 106 do Estatuto); bem como coagir o idoso a doar, contratar ou testar (artigo 107) e ainda lavrar ata notarial que envolva pessoa idosa sem discernimento de seus atos ou representação (artigo 108 do Estatuto).

No tocante a lavratura de escritura, procurações ou qualquer outro ato notarial, o Conselho Nacional de Justiça, publicou a Recomendação nº 46/2020 que busca adotar medidas preventivas para evitar atos de violência patrimonial ou financeira contra a pessoa idosa.

Nessa recomendação publicada em 22 de junho de 2020, o Conselho Nacional de Justiça, orienta aos serviços notariais e de registro a adoção de medidas preventivas para coibir a prática de abusos contra os idosos principalmente no período de pandemia ocasionado pelo COVID-10, com o objetivo de evitar a violência patrimonial ou financeira nos casos de antecipação de herança, movimentação indevida de contas bancárias, venda de imóveis entre outros.

Em caso de suspeita de atos de violência patrimonial ou financeira, o Conselho Nacional de Justiça recomenda que os notários e registradores comuniquem o Conselho Municipal do Idoso, Defensoria Pública, Polícia Civil ou ainda o Ministério Público. Note a preocupação em proteger os idosos contra atos de pessoas que buscam somente utilizar suas economias em proveito próprio, deixando muitas vezes o idoso em situação de extrema necessidade ou até ocasionando a sua morte.

4. Alienação parental

Quando falamos em alienação parental imediatamente imaginamos a figura de uma criança sofrendo a influência de um dos genitores para “mal querer” o outro, visando punir de alguma forma esse genitor.

A alienação parental geralmente ocorre quando os pais estão separados e um dos genitores interfere na formação psicológica da criança ou do adolescente,

com o intuito de manchar a imagem do outro, fazendo com que a criança ou adolescente acredite que o genitor não se importa e os abandonou a própria sorte, causando dor, tristeza e sentimentos de raiva.

Segundo o artigo 2º da Lei nº 12.318/2010, alienação parental é a interferência a formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este. O parágrafo único deste artigo 2º apresenta exemplificativamente as condutas que podem ser consideradas como alienação parental, destacando dentre os diversos exemplos, a realização de campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade.

A Lei de Alienação Parental (Lei nº 12.318/2010) expressamente aponta como vítima dessa alienação a criança ou o adolescente⁸ e como alienador os genitores, avós ou quem detenha a guarda ou vigilância desse adolescente ou criança. Essa prática fere o direito constitucional do menor a manter uma convivência saudável com a família e pode ocasionar sérios problemas na sua formação moral e psicológica.

Comumente a alienação é causada por relacionamentos conturbados, separações, traições, vingança, dentre outras causas e como consequência, a vítima dessa alienação é mais propensa a crises de ansiedade, depressão, podendo ainda desenvolver dependência de álcool ou drogas, além de baixa estima que refletirá nas relações pessoais e profissionais, sem contar os riscos de suicídio por não suportarem mais conviver com esses problemas.

5. Alienação parental contra a pessoa idosa

Como já visto, a Lei de alienação parental foi criada para proteger, exclusivamente, as crianças e os adolescentes, conforme disposição expressa no artigo 2º da referida lei. Todavia, em determinadas situações a pessoa idosa

⁸ Segundo o artigo 2º da Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), considera-se criança, a pessoa até 12 (doze) anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos de idade.

também pode ser vítima de alienação parental, sendo possível aplicar a lei originalmente desenvolvida para proteção de crianças e adolescentes, por analogia, aos idosos. A esse respeito, Maria Berenice Dias⁹ explica:

Impossível não reconhecer que se trata de alienação parental. Ainda que tais práticas sejam objeto de lei especial frente a crianças e adolescentes (Lei 12.318/10), flagrada a tentativa de construir injustificável rejeição a alguém com quem o idoso tinha alguma afinidade ou afeição, cabe a aplicação das mesmas sanções. (...)

A analogia, de forma simples, é aplicar a um caso não regulamentado a mesma disciplina aplicada a um caso regulamentado, ou seja, temos regulamentação de combate de atos de alienação parental promovidos contra as crianças e adolescentes (caso regulamentado) e aplicamos essas mesmas regras protetivas aos idosos (caso não regulamentado).

Diante das semelhanças envolvendo criança, adolescente e idoso é que Ariolino Neres Sousa Junior¹⁰ afirma que “(...) Os casos de alienação parental de criança ou adolescente apresentam semelhanças fáticas aos casos em que cujas vítimas sejam os idosos. (...)”.

Não podemos esquecer que assim como as crianças e adolescentes, o idoso é considerado vulnerável, podendo se tornar uma vítima fácil de ser manipulada pelo alienador. O idoso, de modo geral, tende a confiar nos parentes e cuidadores e essa confiança pode ser o instrumento que o alienador necessita para praticar seus atos cruéis. Sobre a confiança e vulnerabilidade do idoso, ensina Maria Berenice Dias¹¹:

A alienação normalmente é praticada quando existe uma relação de confiança, como um familiar, o cuidador ou pessoa

⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4ª edição em e-book. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.109.

¹⁰ SOUSA JUNIOR, Ariolino Neres. *A lei da alienação parental em prol das pessoas idosas*. In: SOUZA JUNIOR, Arthur Bezerra de (org.); PAULA, Daniel Giotti de (org.); KLAUSNER, Eduardo (org.); SILVA, Rogerio Borba da (org). *Direitos humanos: juridicidade e efetividade*. Rio de Janeiro: Editora Multifoco, 2019, p. 30.

¹¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4ª edição em e-book. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.110.

que exerce algum tipo de influência em sua vida. Em todas estas circunstâncias, a atuação maliciosa do agente alienador é facilitada em razão da condição de vulnerabilidade do outro.

A intenção do alienador é atingir o psicológico do idoso para que ele rejeite os demais filhos ou parentes e com isso atingir seus objetivos, que geralmente giram em torno de vantagens financeiras ou de uma simples vingança do alienador, movido por atos de inveja ou desavenças.

Quando o objetivo final da alienação é a vantagem financeira, é comum que o alienador plante na memória já enfraquecida do idoso, falsas lembranças de abandono, riscos financeiros e desmoralizações das imagens de certo familiar. Diversos são os exemplos para se alcançar a vantagem patrimonial almejada, tais como lavratura de testamento outorgando a parte disponível para o alienador, venda do imóvel por valor abaixo do mercado, posse do cartão bancário para saques de aposentadoria e reservas, impedir o contato do idoso com familiares, amigos e parentes, dentre outras situações que a longo prazo prejudicarão a relação saudável da pessoa idosa com aqueles que lhe são caros.

Na tentativa de proteger as pessoas idosas estão em tramitação 03 (três) projetos de leis que visam incluir o idoso como vítima de alienação parental. São eles: Projeto de Lei nº 6.125/2016¹², Projeto de Lei nº 9.446/2017¹³ ambos apensados ao Projeto de Lei nº 4.562/2016¹⁴.

O Projeto de Lei nº 6.125/2016 altera do Estatuto do Idoso para acrescentar o crime de abandono efetivo com pena de detenção de 01 (um) a 03 (três) meses, podendo ser convertida em indenização.

Por sua vez, o Projeto de Lei nº 9.446/2017, altera o Estatuto do Idoso e a Lei de Alienação Parental para definir que o abandono afetivo ou alienação parental contra idoso implicará em responsabilização civil.

¹² Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2111553>. Acesso em: 28 ago. 2020.

¹³ Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2167174>. Acesso em: 28 ago. 2020.

¹⁴ Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2078277>. Acesso em: 28 ago. 2020.

O Projeto altera ainda o artigo 2º da Lei de Alienação Parental para prever atos contra o idoso praticados pelos familiares até o terceiro grau ou quem detenha a guarda, curatela ou vigilância.

Cita ainda como formas de alienação, atos de desqualificação de conduta de membros da família ou de filho com relação aos pais, dificultar a apresentar falsa denuncia com o objetivo de afastar o idoso ou dificultar seu contato com os filhos e familiares.

Por fim, o Projeto de Lei nº 4.562/2016, propõe a alteração do Estatuto do Idoso para definir que o abandono afetivo implicará em responsabilização civil.

Como se vê, o Projeto de Lei nº 9.446/2017 é mais abrangente, garantindo maior proteção ao idoso e caso aprovado, será um avanço na proteção dessa classe tão vulnerável, que são os idosos.

Conclusão

A partir do estudo desenvolvido, é possível concluir que o idoso carece da mesma proteção conferida as crianças e adolescentes, levando em consideração sua situação de vulnerável face a maldade de pessoas que buscam somente obter vantagens e apropriar-se do que pertence ao idoso.

A definição cronológica da pessoa idosa aos 60 (sessenta) anos de idade, objetiva somente determinar o marco em que o ser humano necessita de um amparo, proteção e olhar diferenciado, não querendo obrigar a pessoa a se aceitar idosa, vez que a aceitação da velhice é ato personalíssimo; podendo concluir, portanto, que um jovem de 20 (vinte) anos se considere velho e uma pessoa com 70 (setenta) anos sinta-se um adolescente.

O idoso merece proteção, cabendo a família, sociedade e ao Estado garantir esse direito, defendendo a dignidade, bem-estar e o direito a vida da pessoa idosa, uma vez que nessa fase da vida, além do amor, respeito e afeto necessitam também de amparo financeiro.

Respeitar o idoso é se respeitar no futuro, é garantir que lá na frente, quando também se tornar vulnerável, por questões cronológicas, físicas e/ou de saúde, será cuidado, amparado, protegido e respeitado. Devemos garantir que a

pessoa idosa, tenha contato com a sua comunidade, família, amigos e que apesar das limitações da idade, possa usufruir a vida de forma plena e segura.

Assim, como as crianças e adolescentes, a pessoa idosa pode ser vítima de atos de alienação parental, movidos por interesse financeiro, vingança ou inveja e como não há até o momento legislação específica que proteja o idoso desses atos, é necessário valer-se da analogia para aplicar a Lei de Alienação Parental, criada para proteger crianças e adolescentes, na defesa dos idosos.

No tocante a alienação parental contra o idoso, concluímos que dos 03 (três) projetos em tramitação, o Projeto de Lei nº 9.446/2017 é o mais amplo e, portanto, melhor protege os idosos de atos de alienação parental. E se aprovado, encerrará a discussão acerca da aplicação analógica desse importante instituto na defesa das pessoas idosas.

Por tudo isso, podemos concluir que os idosos, que tanto fizeram por nós, na fase que mais precisamos de apoio e cuidados, devem ser retribuídos, cabendo a todos (família, sociedade e Estado) zelar pela proteção e garantir que tenham uma velhice tranquila, harmoniosa, junto daqueles que são caros e para quem lutaram a vida inteira.

Cuidar e respeitar o idoso é cuidar e respeitar a si próprio na velhice. Somos espelhos dos nossos atos e devemos dar o exemplo, porque um dia, se não falecermos na infância, adolescência ou fase adulta, envelheceremos e com certeza buscaremos cuidados e proteção.

Referências

BRASIL. Estatuto da criança e do adolescente. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1.990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 06 ago. 2020.

BRASIL. Lei da alienação parental. Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2.010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm. Acesso em: 06 ago. 2020.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4ª edição em e-book. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

FOPPA, Liane. *A possibilidade de aplicação da lei de alienação parental do idoso*. In: ZAMBAM, Neuro José (org.); BARTOLOTTI, José Carlos Kraemer (org.). Estudos sobre Amartya Sen. Democracia e Normatização, volume 4. Porto Alegre: Editora Fi, 2017.

MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MORAES, Maria Celina Bodin; TEIXEIRA, Ana Carolina Brocado. *Comentário ao artigo 229*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

SOUZA JUNIOR, Ariolino Neres. *A lei da alienação parental em prol das pessoas idosas*. In: SOUZA JUNIOR, Arthur Bezerra de (org.); PAULA, Daniel Giotti de (org.); KLAUSNER, Eduardo (org.); SILVA, Rogerio Borba da (org.). *Direitos humanos: juridicidade e efetividade*. Rio de Janeiro: Editora Multifoco, 2019.

SOUZA, Vitória Salazar; OLIVEIRA, Patrícia Outeiral. *O idoso vítima de alienação parental: a aplicação análoga da Lei 12.318 de 2010*. Revista do Curso de Direito do Centro Universitário Metodista – IPA. Porto Alegre: Justiça & Sociedade, v. 2, n. 1, 2017, p. 117/118. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-ipa/index.php/direito/article/view/605/539>. Acesso em 19 ago. 2020.

ENTRE O DIREITO E O AFETO: OS ALIMENTOS DEVIDOS AO GENITOR IDOSO AUSENTE NA VIDA DOS SEUS FILHOS¹

BETWEEN LAW AND AFFECTION: ALIMONY TO AN ELDERLY PARENT ABSENT FROM THEIR CHILDREN'S LIVES

Cynthia Maria de Almeida Pierri

Bacharel em direito pela Universidade Federal do Paraná. Promotora de Justiça titular da 2a Promotoria de Justiça de Defesa dos Direitos do Idoso. E-mail: cynthiap@mppr.mp.br.

Jorge Luiz Rodrigues Campanharo

Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Bacharel em Direito pela Universidade Positivo (UP). Pós-graduando em Processo Civil. Pesquisador do Grupo de Pesquisa “Fundamentos do Processo Civil Contemporâneo”, vinculado à Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Integrante do Grupo de Pesquisa Direito, tecnologia e desenvolvimento: organizações econômicas e sociais, da Universidade Positivo. E-mail: jorgelrcampanharo@hotmail.com.

Julia Hannah Santos Pereira

Pós-Graduanda em Gestão de Conflitos. Bacharel em Psicologia pela Universidade Positivo. Integrante do Grupo de Pesquisa em Métodos Autocompositivos da Escola Superior do MPPR e Estagiária de Pós-Graduação em Psicologia no Ministério Público do Paraná. E-mail: juliahspico@gmail.com.

Marinara Pontarolo

Pós-graduanda em Psicologia Jurídica. Bacharel em Direito pelo Centro Autônomo do Brasil - UniBrasil. Integrante do Grupo de Pesquisa de Estudos Interdisciplinares entre o Direito e Neurociência - NEUROLAW e Estagiária de Pós-Graduação em Psicologia Jurídica no Ministério Público do Estado do Paraná. E-mail: marinara.pontarolo@gmail.com.

¹ Como citar este artigo: PIERRI, Cynthia Maria de Almeida *et al.* *Entre o direito e o afeto: os alimentos devidos ao genitor idoso ausente na vida dos seus filhos*. In: *Revista de Direito de Família e das Sucessões (RDFAS)*, Coord. Carlos Alberto Garbi e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Associação de Direito de Família e das Sucessões, mai/ago. 2021, v. 21, p. 42-64.

Vitor Hugo Carvalho Miranda

Graduando em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Integrou o Grupo de Pesquisa Direito e Liberdade, do Centro Universitário Curitiba. E-mail: vitorhgc1@outlook.com.

Resumo: Este artigo tem como objetivo geral o estudo do posicionamento doutrinário e jurisprudencial quanto à (des)necessidade do princípio da reciprocidade para idosos demandarem alimentos sob filhos adultos. Como objetivos específicos, busca-se analisar os aspectos jurídicos da obrigação alimentar, os padrões familiares disfuncionais e o papel do Ministério Público na defesa dos direitos da pessoa idosa. Para tanto, a pesquisa apoia-se em abordagem dedutiva, valendo-se de revisão bibliográfica e jurisprudencial. Percebeu-se que o binômio da necessidade-possibilidade não é o único critério para requerer alimentos. Em situações em que a pessoa idosa não exerceu o poder parental quando tinha a obrigação de fazê-lo, não pode na velhice exigir um cuidado que em outro momento não proporcionou. Nesse contexto, na defesa de direitos individuais indisponíveis, o *Parquet* deve intervir. Conclui-se que, mesmo na impossibilidade/negativa da prole da pessoa idosa em prestar alimentos, este pode demandar alimentos em face do Estado.

Palavras-chave: Alimentos; Estatuto do Idoso; Reciprocidade; Ministério Público; Pessoa Idosa.

Abstract: *The general objective of this article is to study the doctrinal and jurisprudential position regarding the (un)necessity of the principle of reciprocity for elderly people to demand alimony from adult children. As specific objectives, it seeks to analyze the legal aspects of the obligation of alimony, dysfunctional family patterns and the role of the Public Prosecutor's Office in defending the rights of elderly people. To this end, the research is based on a deductive approach, using bibliographical and jurisprudential review. It was noted that the binomial of necessity-possibility is not the only criterion for requesting alimony. In situations where the elderly person did not exercise parental authority when they had the obligation to do so, they cannot*

demand care in old age that they did not provide at another time. In this context, in the defense of unavailable individual rights, the Public Prosecutor's Office must intervene. It is concluded that, even if the elderly person's offspring is unable/refusal to provide alimony, the elderly person can demand alimony from the State.

Keywords: *Alimony. Estatuto do Idoso. Reciprocity; Public Prosecutor's Office; Elderly Person.*

Sumário: Introdução. 1. Aspectos jurídicos dos alimentos. 2. Contribuições psicossociais sobre o envelhecimento humano e os padrões familiares disfuncionais. 3. Paradoxo do genitor que não cuidou e deseja na velhice ser assistido: uma análise doutrinária e jurisprudencial. 4. O Ministério Público como instituição de garantia dos direitos fundamentais da pessoa idosa à luz do Estatuto do Idoso. Conclusão. Referências bibliográficas.

Introdução

Comumente, chega ao conhecimento da Promotoria de Justiça de Defesa dos Direitos do Idoso situação de risco ou vulnerabilidade social a envolver uma pessoa idosa em razão de negligência familiar, principalmente no quesito auxílio material. Quando contatado os interessados, idoso e filhos, percebe-se uma desavença motivada por um prévio abandono afetivo e/ou material da pessoa idosa para com os filhos à época que deveria desempenhar o poder parental², promovendo cuidado e proteção. Mas, agora na velhice, demanda por um cuidado que em outro momento não foi capaz de oferecer.

Nesse sentido, a presente pesquisa busca compreender a tratativa jurídica dada pela doutrina e jurisprudência no cenário acima retratado. Para tanto, a metodologia utilizada é da revisão bibliográfica e jurisprudencial.

² O Poder Parental deve ser compreendido, à luz da Constituição, como a tarefa de criar, educar e assistir os filhos enquanto menores, o que, necessariamente, demanda por uma assistência material/financeira. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; PENALVA, Luciana Dadalto. Autoridade parental, incapacidade e melhor interesse da criança. Uma reflexão sobre o caso Ashely. Revista de Informação Legislativa, v. 180, p. 293-304, 2008, p. 295-296.

Para enfrentamento do objeto da pesquisa, o trabalho é dividido em quatro momentos. Primeiramente, analise-se os aspectos jurídicos da obrigação alimentar, como pressupostos, sujeitos e sua natureza. Depois, busca-se compreender como o impacto psicossocial das famílias disfuncionais repercutem no dever alimentício. Em um terceiro momento, é estudado como a doutrina e a jurisprudência tratam casos em que há um prévio abandono afetivo e/ou material por parte do idoso com os filhos e aqueles, ainda assim, desejam ser assistidos. Por fim, verifica-se qual é papel do Ministério Público na defesa dos direitos e garantias da pessoa idosa à luz da Constituição Federal e da lei específica, Estatuto do Idoso, a fim de assegurar um processo de envelhecimento digno à pessoa idosa.

Antes de debruçar-se sobre o tema, é importante a exposição dos limites desta pesquisa a fim de situar o leitor quanto ao âmbito de análise do problema, bem como sua utilidade para fins práticos.

Primeiro, a pesquisa jurisprudencial limita-se ao Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Isto por três razões: 1) pesquisa relacionada com o presente tema no âmbito do STJ e STF resultou infrutífera, portanto, conclui-se que problemática aqui enfrentada não foi objeto de análise por aqueles tribunais; 2) as decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná devem ser observados pelas órgãos jurisdicionais inferiores, a fim de garantir uma segurança jurídica e uniformização das decisões judiciais³⁻⁴, portanto, devem ser respeitadas pelas Varas Cíveis de Curitiba; 3) a atuação da Promotoria de Justiça de Defesa dos Direitos do Idoso, circunscrito na comarca de Curitiba, limita-se ao domicílio da pessoa idosa, conforme art. 80, do Estatuto do Idoso⁵. Assim, como Promotoria de Justiça de Defesa dos Direitos do Idoso tem atribuições nos limites territoriais da comarca de Curitiba, revela-se mais adequado o estudo da presente temática perante Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, já que suas decisões, além de

³ Código de Processo Civil. Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

⁴ Código de Processo Civil. Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

I - preservar a competência do tribunal;

II - garantir a autoridade das decisões do tribunal;

⁵ Art. 80. As ações previstas neste Capítulo serão propostas no foro do domicílio do idoso, cujo juízo terá competência absoluta para processar a causa, ressalvadas as competências da Justiça Federal e a competência originária dos Tribunais Superiores.

vincular órgão jurisdicional singular, também orienta e vincula⁶ a atuação do Órgão Ministerial. Esses são os limites da pesquisa que justificam os contornos citados.

Além disso, como exposto alhures, o conflito relativo à obrigação alimentar limita-se entre idosos e filhos. Essa linha de parentesco delimitada é proposital justamente para elucidação do problema prático desta pesquisa. Assim, a hipótese fática que guiará o desenvolvimento deste trabalho é: a) a discussão da obrigação alimentar limita-se a genitor idoso e filhos adultos, inexistindo, portanto, outros parentes elegíveis para assumir obrigação alimentar em caso de impossibilidade/negativa dos filhos.

Portanto, não se ignora a possibilidade de a pessoa idosa demandar alimentos em face do cônjuge ou companheiro ou conclamar os parentes ascendentes e os descendentes⁷. Sabe-se que o parentesco em linha reta é extensiva e que obrigação alimentar é recíproca e independe da ordem de preferência, ou melhor, de responsabilidade disposta em lei⁸⁻⁹, considerando tratamento especial dado pelo art. 12, do Estatuto do Idoso¹⁰. Nesse sentido, exemplificando, filhos, netos, bisnetos, devem alimentos a pais, avós, bisavós e assim por diante¹¹.

O que se busca sustentar é que a delimitação da linha de parentesco exposta para fins de dever alimentício tem um propósito prático: orientar o trabalho ministerial da Promotoria de Justiça de Defesa dos Direitos do Idoso à luz da realidade dos casos enfrentados.

1. Aspectos jurídicos dos alimentos

⁶ Dada a independência funcional e institucional do Ministério público, este não fica subordinado às decisões dos tribunais estaduais se entender pela inconstitucionalidade e atuar em defesa de tal tese. Vide art. 127, da CF/88.

⁷ Código Civil. Art. 1.591. São parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes.

⁸ Código Civil. Art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.

⁹ Código Civil. Art. 1.697. Na falta dos ascendentes cabe a obrigação aos descendentes, guardada a ordem de sucessão e, faltando estes, aos irmãos, assim germanos como unilaterais.

¹⁰ Art. 12. A obrigação alimentar é solidária, podendo o idoso optar entre os prestadores.

¹¹ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 590.

Os alimentos, em seu conceito jurídico, podem ser descritos como todos os aspectos da manutenção de uma vida digna para aquele que o recebe, compreendendo as necessidades vitais da pessoa, cujo objetivo é a manutenção da sua dignidade: a alimentação, a saúde, a moradia, o vestuário, o lazer, a educação, entre outros. Segue o mesmo entendimento Anderson Schreiber¹² e Flávio Tartuce¹³, bem como o próprio Código Civil, em seu art. 1.694.

Dos conceitos acima expostos, já se entende que, apesar do nome, os alimentos não se referem apenas ao que é necessário para alimentação da pessoa, mas, sim, a tudo que lhe seja vital para garantir o seu mínimo existencial¹⁴. Por isso que não se pode criar um rol taxativo do que, *a priori*, é tido como necessário para manter o mínimo de uma vida digna, devendo a fixação dos limites da obrigação alimentar observar o caso concreto¹⁵.

A obrigação alimentar tem como pressupostos principais (mas não únicos): i) o princípio da dignidade humana (art. 1º, III, CR/88); ii) solidariedade familiar (art. 229, CR/88), dos quais decorrem diversas normas infraconstitucionais que os concretizam, tais como as dos arts. 1.694 a 1.710 do Código Civil; 11 a 14 do Estatuto do Idoso; as presentes na Lei 5.478/68, ainda vigente, que regula a Ação de Alimentos e os arts. 911 a 913 do CPC/15, dentre outras.

Das normas citadas, verificam-se alguns requisitos que podem ser denominados de pressupostos legais, segundo Jefferson Daibert¹⁶:

- a) o vínculo de família¹⁷ entre o alimentando e a pessoa obrigada a suprir alimentos;
- b) o estado de necessidade do alimentário (aquele que receberá os alimentos), que não pode prover suas necessidades por trabalho próprio;
- c) as possibilidades econômico-financeiras do alimentante.

¹²SCHREIBER, Anderson. Manual de direito civil contemporâneo. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019. p. 955.

¹³TARTUCE, Flávio. Direito Civil - Direito de Família - Vol. 5. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020, p. 619

¹⁴O mínimo existencial deve ser compreendido de uma forma mais ampla, para englobar as condições básicas para uma vida digna e também o chamado “mínimo sociocultural”. Tratam-se de prestações materiais que não se configuram indispensáveis para a sobrevivência física, mas são condições elementares para uma vida digna, como, por exemplo, o acesso à educação básica, que também devem estar abrangidos sob o seu manto. In: SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 210.

¹⁵MADALENO, Rolf. Direito de Família. 11.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021, p. 948.

¹⁶DAIBERT, Jefferson. Direito de Família. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1979, p. 344.

¹⁷Aqui, com certeza, o termo “família” é referente à sua compreensão contemporânea, como todo núcleo composto por pessoas ligadas por vínculos afetivos e/ou sanguíneos. In: DAIBERT, Jefferson. Direito de Família – 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1979, p. 344.

Dos segundos, aí entendidos os de índole antropológica, sociológica, econômica e ético-moral, se pode dizer que o dever de prestar alimentos se funda na “[...] ideia de solidariedade humana e econômica que existe entre os membros da família ou os parentes”¹⁸ que devem se ajudar mutuamente em momentos de necessidade.

Quanto à natureza jurídica do instituto discutido, de acordo com Carlos Roberto Gonçalves, certa corrente sustenta ser de direito pessoal extrapatrimonial (ao lado do direito à honra, por exemplo, e demais direitos da personalidade) e outra, é direito patrimonial apenas. Porém, o autor, influenciado pelos ensinamentos de Orlando Gomes, entende possuírem os alimentos natureza mista, pois possuem conteúdo patrimonial (porque são, em regra, mensurados em dinheiro) mas finalidade pessoal (qual seja, o sustento do alimentando)¹⁹.

Ainda, segundo entendimento doutrinário, os alimentos podem ser divididos em civis e naturais. Estes são, conforme Caio Mário da Silva Pereira, os indispensáveis à subsistência “[...] (tais como alimentação, vestuário, habitação); aqueles, são os destinados a manter a qualidade de vida do credor, de acordo com as condições sociais dos envolvidos (como educação, instrução e assistência)”²⁰.

Em relação aos sujeitos da obrigação alimentícia, estes são, em regra, os parentes, os cônjuges ou companheiros (e também ex-cônjuges e ex-companheiros)²¹. Para evitar redundâncias, deixa-se de explorar os sujeitos, vez que tal tema foi objeto de discussão na introdução deste artigo, momento que foi delimitada a linha de parentesco a ser analisada.

O que é importante pontuar é que as normas relativas aos sujeitos da obrigação alimentar explicitam a relação do direito a alimentos com a solidariedade familiar, pois esta obrigação não se estende a membros fora de seu seio. Nesse sentido, também há de se atentar ao fato que os alimentos são devidos não apenas pelos pais em relação aos filhos, mas por estes em relação àqueles também.

¹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil: Parte Geral. 25. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019, p.198

¹⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: Direito de Família. v. 6. São Paulo: Editora Saraiva, 2020, p. 198.

²⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil: Direito de Família. - Vol. V. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020, p. 628.

²¹ Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

Por fim, outro ponto importante é a da diferença da prestação alimentícia ao idoso, que possui regulamento próprio no Estatuto do Idoso (arts. 11 a 14) e que não é absolutamente igual ao do Código Civil, apesar do art. 11 ditar que os alimentos serão prestados de mesmo modo ao previsto na legislação civil. O art. 12 do referido Estatuto afirma que o idoso pode optar entre os prestadores, sendo a obrigação alimentar solidária, aparentemente indo na contramão do que dispõe o art. 1.196 do Código Civil. Como lei mais especial que é, aplica-se o Estatuto em desfavor do Código, naquilo que lhe for contrário²². O que a lei do idoso faz é apenas lhe dar um tratamento diferenciado nessa matéria (alimentos), ao permitir que a referida escolha, dentre os legitimados, recaia sobre aquele que possui melhores condições de prestar alimentos, mesmo que não seja o que esteja em grau mais próximo²³. Lembrando que isso não retira o poder do demandado de, em posterior ação regressiva, cobrar dos demais legitimados a sua quota-parte, observada as possibilidades dos referidos²⁴.

2. Contribuições psicossociais sobre o envelhecimento humano e os padrões familiares disfuncionais

Após análise dos aspectos jurídicos da obrigação alimentar, com especial análise do impacto do Estatuto do Idoso, é importante também analisar os aspectos psicossociais envolvidos nesses casos em que existe uma “estranheza” por parte dos filhos de uma pessoa idosa em prover por aquele que não estabeleceu laço familiar com eles.

²² BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. 2.ed. São Paulo: Edipro, 2014, p. 93-98.

²³ [...] Para tanto, mudou a natureza da obrigação alimentícia de conjunta para solidária, com o objetivo de beneficiar sobremaneira a celeridade do processo, evitando discussões acerca do ingresso dos demais devedores, não escolhidos pelo credor-idoso para figurarem no pólo passivo. Dessa forma, o Estatuto do Idoso oportuniza prestação jurisdicional mais rápida na medida em que evita delonga que pode ser ocasionada pela intervenção de outros devedores. [...] Por fim, a Lei Especial, art. 12, permite ao idoso optar entre os prestadores, litigar com o filho que lhe interessar, [...]. Por conseguinte, e em conclusão, não há violação ao art. 46 do CPC, por inaplicável na espécie de dívida solidária de alimentos. Forte nestas razões, e obediente à natureza solidária dos alimentos, ditada pelo art. 12 do Estatuto do Idoso, mantenho o dispositivo do acórdão recorrido, para limitar o pólo passivo da ação ao filho-devedor de alimentos indicado, porém, com fundamento diverso. REsp nº 775.565-SP sob a relatoria da Ministra Nancy Andrighi.

²⁴ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 563.

As pesquisas brasileiras apontam uma projeção de um país cada vez mais envelhecido, a previsão para 2022 é que aproximadamente 10,49% de toda a população brasileira terá 60 anos ou mais²⁵, isso devido à diminuição de níveis de mortalidade, provocando conseqüentemente a longevidade das pessoas, mas também influenciado pela diminuição das taxas de fecundidade da população brasileira no geral²⁶. Com esse percurso ao envelhecimento populacional, as discussões sobre as condições de vida, saúde e bem-estar dos idosos ganham mais espaço na organização e elaboração de políticas públicas e na atenção com famílias que vivenciam o envelhecimento de um de seus elementos.

O envelhecimento humano é caracterizado por mudanças multidimensionais que envolvem variáveis biológicas, sociais, culturais e psicológicas²⁷. É comum que nessa fase a pessoa passe por perdas típicas como, por exemplo, o afastamento do trabalho remunerado, o afastamento de amigos e a diminuição nas capacidades físicas²⁸. Como se trata de um processo progressivo, a pessoa o percorre de forma singular, a depender de como as experiências pessoais o fizeram elaborar o conceito do envelhecimento. A família possui um papel de suma importância nessa transição, sendo a principal rede de apoio²⁹.

De acordo com Fritjof Capra, um dos grandes autores e precursores da Teoria Sistêmica utilizada pela psicologia, é possível definir a estrutura familiar como um sistema. Não se deve limitar esse sistema como a soma das partes que nele estão inseridas (as pessoas), pois a organização dessa dinâmica familiar envolve toda a complexidade da construção de suas interações, valores e hierarquias. No ciclo vital de um sistema familiar naturalmente há fases de crise, provocadas por mudanças estruturais que exigem reorganização e adaptação de seus membros. Dentre elas, pode-se citar os casamentos, a aposentadoria, a morte, o nascimento. Na etapa senil de um ciclo vital, como pontuado por Capra, além de todos os vieses

²⁵ Instituto Brasileiro de Geografia Estatística. (2015). Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios: síntese de indicadores 2018. Coordenação de Trabalho e Rendimento. Rio de Janeiro: IBGE.

²⁶ ARAÚJO, Ludgleyson Fernandes de.; CASTRO, Jefferson Luiz de Cerqueira; SANTOS, José Victor de Oliveira. A família e sua relação com o idoso: Um estudo de representações sociais. Rev. Psicologia em Pesquisa, Juiz de Fora, v. 12, n. 2, jul. 2018, p. 14.

²⁷ ARAÚJO, Ludgleyson Fernandes de.; CASTRO, Jefferson Luiz de Cerqueira; SANTOS, José Victor de Oliveira. A família e sua relação com o idoso: Um estudo de representações sociais. Rev. Psicologia em Pesquisa, Juiz de Fora, v. 12, n. 2, jul. 2018, p. 15-23.

²⁸ LOPES, Ruth Gelehrter da Costa; CALDERONI, Sila Zugman. O idoso na família: expansão de possibilidades ou retração?. Cartilha Gerontologia da Prefeitura de São Paulo, 2020, p. 226.

²⁹ VERA, Ivania.; LUCCHESI, Roselma.; NAKATANI, Adélia Yaeko Kyosen.; SADOYAMA, Geraldo; BACHION, Maria Márcia.; VILA, Vanessa da Silva Carvalho. Fatores associados à disfuncionalidade familiar em idosos não institucionalizados. Rev. Texto & Contexto Enferm, Florianópolis, 2015, p. 495.

envolvidos nessa fase, é natural que os membros familiares passem a se relacionar com o “velho” de acordo com os valores e tradições desenvolvidos e repassados dentro desse sistema familiar. Se a história é marcada pela baixa valorização do vínculo afetivo, existe a dificuldade de a pessoa em processo de envelhecimento buscar reintegrar-se na família³⁰, bem como ser assistido.

Ao entrar na fase senil, os parentes mais próximos desse idoso são atingidos pelas mudanças que devem ser feitas nessa organização familiar. Os papéis geracionais são invertidos, aqueles que no passado foram cuidadores de seus filhos, passam a demandar cuidado³¹. Naturalmente, a transição pode despertar conflitos internos e externos. De acordo com Lopes e Calderoni, em relações familiares traumáticas marcadas pela ausência de afetividade, o envelhecimento pode ser assombrado por inseguranças, medos, baixa tolerância a frustrações e, muitas vezes, projetando hostilidades àqueles que estão próximos, dificultando que familiares exerçam qualquer tipo de assistência³². É possível relacionar que esses comportamentos pautados em violência, abandono e negligência contra idosos são mais comuns quando aprendidos dentro do próprio sistema familiar, repetindo um padrão de funcionamento já presente em um histórico de ausência de afeto.

Conhecida como família disfuncional, é comum perceber “ruídos” na comunicação e/ou desrespeito e sobreposição de papéis e hierarquias, indicando relações frágeis, em que durante o ciclo vital dessa pessoa idosa, não foi possível o fortalecimento de laços no contato com familiares e na criação de seus descendentes³³.

A pergunta que permeia os familiares nesse processo é: quem deve exercer os cuidados ao idoso? De acordo com Lopes e Calderoni, ao atribuir o papel de cuidador ou responsável a algum membro desse sistema, é importante estar atento ao perfil familiar e a sinalizações de sofrimento que essa incumbência pode

³⁰ CAPRA, Fritjof. A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. Ed. Cultrix, 1ª ed., 2012, p. 36-45.

³¹ ARAÚJO, Ludgleyson Fernandes de.; CASTRO, Jefferson Luiz de Cerqueira; SANTOS, José Victor de Oliveira. A família e sua relação com o idoso: Um estudo de representações sociais. Rev. Psicologia em Pesquisa, Juiz de Fora, v. 12, n. 2, jul. 2018, p. 19.

³² LOPES, Ruth Gelehrter da Costa; CALDERONI, Sila Zugman. O idoso na família: expansão de possibilidades ou retração?. Cartilha Gerontologia da Prefeitura de São Paulo, 2020, p. 226.

³³ ROSSET, Solange. Pais e Filhos: uma relação delicada. Ed. Artesã, 4ª ed, 2014, p. 66.

causar. As autoras colocam que “[...] os níveis de tolerância e compreensão com relação aos idosos variam em cada grupo familiar”³⁴.

Manter essas relações familiares sobre o embasamento de que a família é a principal rede de apoio da pessoa idosa pode trazer riscos a partir do momento em que os cuidados oferecidos não são adequados, causando sofrimento ao idoso e seus familiares, que, não raro, nunca construíram qualquer vínculo entre si para assumir a importante tarefa de ser responsável pelos cuidados ou pelo sustento de, por exemplo, um pai que no passado não exerceu qualquer tipo de assistência a seus filhos.

Com isso, considerando que a relação de assistência entre pais e filhos em hipótese de necessidade é um fato social de relevância jurídica, vez que conta com amparo no ordenamento jurídico, ou seja, é possível sua subsunção a uma norma que abstratamente aplica-se ao caso³⁵, cabe verificar como a doutrina e a jurisprudência compreendem a obrigação alimentar em situação de ausência de vínculo afetivo e/ou exercício do poder parental³⁶ da pessoa idosa para com seus filhos, mas que na velhice necessita de suporte.

Portanto, as hipóteses a serem enfrentadas no capítulo abaixo são: a) obrigação alimentar deve ser analisada à luz do princípio da reciprocidade; b) a obrigação alimentar é um direito potestativo da pessoa idosa, por isso independente de fatos pretéritos, devendo a lei, quando preenchidos os requisitos, ser aplicada ao caso concreto.

3. Paradoxo do genitor que não exerceu deveres parentais e deseja na velhice ser assistido: uma análise doutrinária e jurisprudencial

³⁴ LOPES, Ruth Gelehrter da Costa; CALDERONI, Sila Zugman. O idoso na família: expansão de possibilidades ou retração?. Cartilha Gerontologia da Prefeitura de São Paulo, 2020, p. 228.

³⁵ TEPEDINO, Gustavo. Esboço de uma classificação funcional dos atos jurídicos. Revista Brasileira de Direito Civil, Rio de Janeiro, p. 08-38, jul-set 2014, p. 12-15.

³⁶ Aqui, poder parental deve estar englobado o dever de assistência material como moradia, alimentação, educação etc. Todo aquele cuidado que representa um aspecto financeiro. Está embutido no dever de assistência o dever de sustento, sendo este, portanto, inerente ao poder familiar. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A disciplina jurídica da autoridade parental. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Família e dignidade humana. In: V Congresso Brasileiro de Direito de Família, 2006, Belo Horizonte. Família e Dignidade Humana. São Paulo: IOB Thomson, p. 103-123, 2006, p. 113-114.

Quanto à primeira hipótese, para Maria Berenice Dias é imprescindível não considerar o princípio da reciprocidade, o qual está interligado com o direito de prestar alimentos. Em outras palavras, segundo o princípio da reciprocidade, aquele que cumpre com sua responsabilidade, também tem direito futuramente a receber esse auxílio de acordo com suas necessidades; seria, portanto, uma inversão da relação jurídica alimentar. Embora exista o dever da solidariedade alimentar, a reciprocidade será invocada quando houver a configuração de aspectos éticos, ou seja, a lei irá trazer expressamente a hipótese de cessação do direito a alimentos quando simplesmente o credor agir de forma não digna³⁷. Em outras palavras, o proceder indigno do credor desonera o devedor do dever de prestar-lhe alimentos.³⁸

A característica da reciprocidade pode ser sintetizada de forma que, se eu tiver a oportunidade de receber alimentos, então brevemente terei que prestá-los. Se na infância há a necessidade de receber auxílio, e com o passar do tempo aquele que te auxiliou, pode, quando chegar a terceira idade, necessitar também dessa assistência e, então, por isso, só terá obrigação de ajudar quem um dia foi ajudado³⁹.

Nesse sentido, para Rodrigo Cunha Ferreira, a indignidade autoriza a exoneração do devedor da obrigação alimentar. Esse entendimento vem do Código Civil de 2002 ao elencar as hipóteses em que essa obrigação alimentar não existirá ou não persistirá⁴⁰.

Segundo o autor, a indignidade como causa da extinção da obrigação alimentar não se limita às relações conjugais. O parentesco também se enquadra no comando do parágrafo único do artigo 1.708 do CC/2002. Neste caso, mesmo existindo o binômio necessidade-possibilidade, extingue-se a obrigação de pagar alimentos. Este é o significado da regra do artigo 1.708, parágrafo único: Com relação ao credor cessa, também, o direito a alimentos, se tiver procedimento indigno em relação ao devedor. Exemplificando, um pai que atente contra a vida do

³⁷ DIAS, Maria Berenice. Alimentos: Direito, Ação, Eficácia, Execução. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 57.

³⁸ DIAS, Maria Berenice. Alimentos: Direito, Ação, Eficácia, Execução. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 56.

³⁹ ROSA, Conrado Paulino da. Curso de Direito de Família Contemporâneo. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018. 477-478.

⁴⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito das Famílias. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, 298-299.

filho ou lhe negue socorro, assistência e cuidados em momentos de desamparo não é digno de receber sustento material daquele a quem ele se negou a amparar⁴¹.

A doutrina passou a interpretar tal hipótese, a partir da entrada em vigor do Código Civil de 2002, com o espectro do princípio da dignidade da pessoa humana, levando em conta o comportamento familiar do alimentando em relação ao alimentante, quando este viesse a pleitear alimentos. Frente ao posicionamento do doutrinador Madaleno, o qual defende a tese de que no caso em que o pai idoso venha a pleitear alimentos de seu filho, deve ser observado o comportamento que este pai teve enquanto provedor de alimentos a este filho, podendo a obrigação alimentar recíproca ser relativizada⁴².

O entendimento jurisprudencial, no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, coaduna com a doutrina. Sustenta-se que a obrigação alimentar devida pelos filhos ao genitor não se baseiam, unicamente, no parentesco, sendo indevidos os alimentos para o pai que não cumpriu com os deveres inerentes ao poder familiar.

Na análise de um caso em que o pai abandonou a filha com três anos de idade, sem efetuar prévio contato afetivo ou auxílio material por mais de três décadas, ressurgiu para pedir alimentos. O Tribunal de Justiça entendeu como evidente o abuso de direito, que justifica a causa de indignidade, que afasta a obrigação alimentar⁴³.

No caso supra, o Tribunal de Justiça ponderou que

[...] postura indigna tanto impede a concessão dos alimentos como serve de justificativa para pleitear a exoneração. A possibilidade de excluir o encargo alimentar em face do procedimento indigno do credor tem como conteúdo ético e deveria abranger toda e qualquer obrigação alimentar, inclusive a decorrente do vínculo de filiação e de parentesco⁴⁴.

⁴¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito das Famílias. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, 298-299.

⁴² MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, 80-83.

⁴³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 12ª C.Cível - 0047498-39.2017.8.16.0014 - Londrina - Rel.: JUIZ DE DIREITO SUBSTITUTO EM SEGUNDO GRAU LUCIANO CARRASCO FALAVINHA SOUZA - J. 11.06.2020.

⁴⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 12ª C.Cível. 0047498-39.2017.8.16.0014. Londrina. Rel.: Juiz de Direito substituto de 2º grau Luciano Carrasco Falavinha Souza. J. 11.06.2020.

Em julgamento de outro caso, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná argumentou pela relativização do princípio da solidariedade familiar, bem como o não preenchimento do trinômio da necessidade-possibilidade-razoabilidade, para exonerar os filhos do dever de alimentos ao pai, o qual se manteve afastado daqueles por mais de trinta anos, incorrendo em abandono afetivo e material⁴⁵.

Isto posto, entende-se que a prática de abandono material e afetivo pelos pais em relação aos filhos pode, sim, ter uma consequência futura em seu pleito de alimentos recíprocos. Esta situação estabelece uma limitação ética à reciprocidade, sendo este um importante ponto a ser avaliado nos casos em que os pais idosos venham a cobrar alimentos recíprocos a seus filhos adultos. Portanto, uma vez que o pai age indignamente, descumprindo os deveres inerentes ao poder familiar, não tem legitimidade para pleitear alimentos dos filhos quando eles atingirem a maioridade⁴⁶.

Percebe-se, com isso, que, conforme ensina Caio Mário da Silva Pereira, a reciprocidade “[...] é condicional e variável, porque depende dos pressupostos, visto que a obrigação alimentar entre parentes é recíproca, no sentido que a relação alimentar-jurídica, no qual o parente seja o devedor, poderá reclamá-lo se vier necessitar deles”⁴⁷.

Portanto, a hipótese da obrigação alimentar de pessoa idosa como direito potestativo não subsiste, uma vez que possibilitar tal interpretação seria esvaziar o princípio da reciprocidade, o qual, claramente, é baseado no postulado da dignidade humana, uma vez que a existência de conduta indigna, como abandono material, a dignidade do devedor de alimentos, no caso o filho, somente será respeitada se a indignidade do credor for considerada⁴⁸.

Outra interpretação possível de se extrair à luz do princípio da solidariedade e reciprocidade familiar é que, mesmo inexistente prévio afeto e carinho entre pai e prole, mas presente suporte material daquele que possibilitou subsistência e desenvolvimento digno deste último, parece razoável que o idoso possa exigir assistência, nos limites daquilo que foi capaz de ofertar, ou seja, apenas

⁴⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 12ª C.Cível. 0057064-75.2018.8.16.0014. Londrina. Rel.: Desembargador Luís Cesar de Paula Espíndola. J. 03.05.2021.

⁴⁶ DIAS, Maria Berenice. Alimentos – Direito, Ação, Eficácia, Execução. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2020, 57-59.

⁴⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições do direito civil. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 621.

⁴⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito das Famílias. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, 299.

suporte financeiro/material. Além do mais, o direito não pode obrigar filho amar pai e vice versa. O que o direito impõe aos pais é o dever de cuidado, como alimentação, educação, saúde, moradia. Se esse dever foi cumprido, o genitor idoso tem o direito, se necessário e possível, de ser assistido pelos filhos na velhice.

Mas, se inexistente o dever do filho adulto em assistir o genitor idoso, como garantir a este um envelhecimento digno? Esse questionamento que se busca responder com o capítulo a seguir.

4. O Ministério Público como instituição de garantia dos direitos fundamentais da pessoa idosa à luz do Estatuto do Idoso

O Ministério Público, conforme dispõe o art. 127, caput, da CF/88, é uma instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis mesmo que em face do próprio Estado. Por isso, o Ministério Público é uma instituição de garantias dos direitos fundamentais⁴⁹ que age em nome e em defesa da Constituição.

No tocante à defesa dos direitos da pessoa idosa, limitando a discussão à problemática do presente artigo, o Órgão Ministerial poderá atuar tanto na forma extrajudicial quanto judicialmente.

Na primeira hipótese, o *Parquet*, por meio de Procedimento Administrativo⁵⁰, pode promover um acordo entre a pessoa idosa e sua prole. Trata-se de uma forma de atuação tradicionalmente denominada “meios alternativos de resolução de conflitos”, que representa a mediação, a conciliação, a negociação e a arbitragem. Mas, contemporaneamente, a doutrina convencionou a chamar de “justiça multiportas”⁵¹.

⁴⁹ ZANETI JR., Hermes. O Ministério Público e o Novo Processo Civil. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 55.

⁵⁰ Ato Conjunto nº 001/2019-PGJ/CGMP

Art. 82. O procedimento administrativo é o instrumento destinado a:

[...]

III - apurar fato que enseje a tutela de interesses individuais indisponíveis.

⁵¹ A expressão multiportas é uma metáfora no sentido de que para determinado conflito existe uma porta que as partes são encaminhadas para tratativa do problema, podendo ela ser a porta da mediação, ou da conciliação, ou da arbitragem, ou da própria justiça estatal. *In*: CUNHA, Leonardo Carneiro da; CABRAL, Antonio do Passo. Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas

A resolução colaborativa de conflitos não é uma técnica exclusiva da advocacia privada. Exemplificado, a Resolução 118/2014, do Conselho Nacional do Ministério Público, dispõe sobre mecanismos consensuais de solução de controvérsias aplicados pelo Ministério Público, prevendo expressamente a possibilidade de “[...] implementar e adotar mecanismos de autocomposição, como a negociação, a mediação, a conciliação, o processo restaurativo e as convenções processuais [...]”

Além disso, o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público constitui-se título executivo extrajudicial, conforme art. 784, inciso IV, do Código de Processo Civil⁵² e art. 13, do Estatuto do Idoso⁵³. Assim, no eventual descumprimento dos deveres acordados, os envolvidos têm legitimidade para demandar em juízo aquele que mostrar-se inadimplente.

Contudo, caso os mecanismos de autocomposição mostrem-se infrutíferos ou inadequados para a solução do problema (o interesse do idoso em receber alimentos), estar-se-á diante da possibilidade de judicialização, que é uma outra forma de atuação ministerial. Nessa hipótese, o Ministério Público poderá promover Ação de Alimentos em face dos descendentes da pessoa idosa ou, ainda, caso esta decida judicializar a questão na condição de autora, acompanhar o processo como fiscal do ordenamento jurídico⁵⁴, conforme, inciso II, do art. 74, do Estatuto do Idoso⁵⁵.

(*collaborative law*): “mediação sem mediador”. Revista de Processo, São Paulo: RT, v. 259, p. 471-489, set. 2016, p. 471-472.

⁵² Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais:

[...]

IV - o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal.

⁵³ Art. 13. As transações relativas a alimentos poderão ser celebradas perante o Promotor de Justiça ou Defensor Público, que as referendará, e passarão a ter efeito de título executivo extrajudicial nos termos da lei processual civil.

⁵⁴ Para Cândido Rangel Dinamarco, independentemente da posição jurídica ocupada pelo Ministério Público, seja como agente ou como interveniente, ele sempre atuará como fiscal do ordenamento jurídico, uma vez que sua atuação está subordinada à Constituição, assim “[...] uma distinção verdadeiramente científica das posições que assume a instituição no processo é a seguinte: a) defesa imparcial do cumprimento da lei; b) defesa de certos pares”. *In*: DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do processo civil moderno. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 327.

⁵⁵ Art. 74. Compete ao Ministério Público:

[...]

II – promover e acompanhar as ações de alimentos, de interdição total ou parcial, de designação de curador especial, em circunstâncias que justifiquem a medida e oficiar em todos os feitos em que se discutam os direitos de idosos em condições de risco.

Independentemente da posição que o Órgão Ministerial ocupe, este poderá atuar na defesa dos direitos da pessoa idosa. Isto porque o inciso II, do art. 74 do Estatuto do Idoso⁵⁶ faculta ao *Parquet* atuar como substituto processual do idoso em situação de risco, além dos alimentos estarem ligados a direitos individuais indisponíveis⁵⁷.

Ressalta-se que o direito a alimentos depende do preenchimento dos requisitos do binômio da necessidade e possibilidade⁵⁸. Nesse sentido, verificado pelo *Parquet*, mesmo que em âmbito extrajudicial, a ausência daquele binômio, não há que se falar em obrigação alimentar entre a pessoa idosa e sua prole, haja vista que o direito de um não pode ameaçar a subsistência de outrem ou legitimar o enriquecimento sem causa.

Mais importante do que a constatação da possibilidade da prole da pessoa idosa em prestar alimentos para esse último, é importante verificar a existência da necessidade do idoso em receber os alimentos.

Como discutido, o dever de assistir o genitor na velhice é dos filhos maiores, daí nasce a obrigação alimentar como prevista no art. 229, da CF/88. Contudo, é possível que o Poder Judiciário entenda que, mesmo presente o binômio da necessidade-possibilidade, a pessoa idosa não faça jus à assistência, pois não agiu dignamente à época em que tinha o dever de assistir e proteger, não podendo agora na velhice gozar de um direito que quando em outra ocasião não foi capaz de prover⁵⁹.

Constatada a necessidade dos alimentos, mas a impossibilidade ou a negativa dos filhos de prestá-los, nasce a obrigação do Estado, vez que os arts. 203 e 230, da CF/88⁶⁰⁻⁶¹ atribuem também ao Estado o dever de amparar as pessoas

⁵⁶ Art. 74. Compete ao Ministério Público:

[...]

III – atuar como substituto processual do idoso em situação de risco, conforme o disposto no art. 43 desta Lei.

⁵⁷ Código de Processo Civil. Art. 176. O Ministério Público atuará na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses e direitos sociais e individuais indisponíveis.

⁵⁸ MATOS, Ana Carla Harmatiuk; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado Teixeira. Os alimentos entre dogmática e efetividade. Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil, Belo Horizonte, vol. 12, p. 75-92, abr./jun. 2017, p. 78-79.

⁵⁹ DIAS, Maria Berenice. Alimentos: Direito, Ação, Eficácia e Execução 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 57.

⁶⁰ Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

[...]

idosas, defendendo sua dignidade, bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. Nessa hipótese de negativa do dever de alimentar, pode o Ministério Público, até por uma questão de celeridade processual, requerer o chamamento do Estado para integrar a ação na posição de demandado, conforme enunciado 523, da V Jornada de Direito Civil⁶².

A afirmação se sustenta uma vez que, com o advento do Estatuto do Idoso, nasce de modo explícito a obrigação alimentar do Estado⁶³. Na ausência de parentes em condições econômicas ou na negativa da daqueles em de prover o sustento de quem tiver idade igual ou superior a 60 anos, a obrigação passa a ser do Poder Público, no âmbito da assistência social (Estatuto do Idoso, art. 14)⁶⁴.

O idoso de 65 anos de idade sem condições de prover sua subsistência, não tendo nem sua família como meio de assegurar-lhe o sustento, faz jus a um benefício mensal no valor de um salário mínimo (Estatuto do Idoso, art. 34)⁶⁵. Proposta a ação por maior de 65 anos, a obrigação nem sequer necessita ser alvo de quantificação, pois já dispõe de um valor prefixado na lei, qual seja, um salário mínimo.

Como o valor do encargo já está definido, o objeto da demanda limita-se à prova da ausência de condições dos obrigados de atender ao dever de sustento. Frente a esta comprovação, é de ser condenado o Estado a pagar os alimentos. Em relação a quem tem capacidade laborativa, desonera-se o Poder Público de tal

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

⁶¹ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 419.

⁶² Enunciado 523:O chamamento dos codevedores 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.

⁶³ Art. 3º É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

⁶⁴ Art. 14. Se o idoso ou seus familiares não possuírem condições econômicas de prover o seu sustento, impõe-se ao Poder Público esse provimento, no âmbito da assistência social.

⁶⁵ Art. 34. Aos idosos, a partir de 65 (sessenta e cinco) anos, que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, é assegurado o benefício mensal de 1 (um) salário-mínimo, nos termos da Lei Orgânica da Assistência Social – Loas.

Parágrafo único. O benefício já concedido a qualquer membro da família nos termos do caput não será computado para os fins do cálculo da renda familiar per capita a que se refere a Loas.

dever. A quem não tem capacidade laborativa, este encargo deve ser assumido pelo Estado, que tem, como dever maior, assegurar a dignidade da pessoa.

Com a exposição acima, o que se busca sustentar é que a pessoa idosa, na ausência de assistência familiar, não deve ficar sem assistência. Isto porque, à luz da proteção integral e a prioridade de tratamento à pessoa idosa, postulados orientados pela dignidade da pessoa humana, que atribuem ao idoso qualidade jurídica singular, reconhecendo-o como sujeito distinto substancialmente das demais pessoas em razão da sua vulnerabilidade decorrente de um peculiar processo de envelhecimento, justifica-se a prioridade na defesa e efetivação de direitos a fim de garantir à pessoa idosa um envelhecimento digno⁶⁶. Interpretação em sentido diverso, seria permitir o esvaziamento do princípio da dignidade humana e condenar a pessoa idosa a uma vida de miserabilidade.

Apoiando-se na expressão de Celso Antônio Bandeira de Mello, por óbvio que não se busca tornar o Estado em uma seguradora universal⁶⁷, até porque existe à disposição da pessoa idosa a possibilidade de demandar outros obrigados, conforme art. 12, do Estatuto do Idoso. A presente pesquisa, para além de sua utilidade prática, serve para esclarecer que, inexistindo parentes que possam assistir a pessoa idosa, ou, existindo, estes forem exonerados do dever de prestar alimentos, nasce a obrigação do Estado em garantir a subsistência da pessoa idosa.

Conclusão

Verificou-se que o direito a alimentos exige o preenchimento do binômio da necessidade-possibilidade. Contudo, constatou-se, à luz da pesquisa doutrinária e jurisprudencial, que, muito embora presente a necessidade de alimentos por parte do idoso e possibilidade de prestar alimentos pelos filhos, se inexistente prévio cuidado material e afetivo da pessoa idosa no exercício do seu poder parental quando tinha o dever de cuidar da prole, acaba por exonerar os filhos na idade adulta da obrigação de alimentos.

⁶⁶ OLIVEIRA, Beatriz Lopes de. Tutela do Idoso e da Pessoa com Deficiência. In: Edilson Vitorelli. (Org.). Manual de Direitos Difusos. 2 ed. São Paulo: Juspodivm, 2019, p. 1395-1396.

⁶⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 979.

Nesse contexto, considerando a importância do papel do Ministério Público na defesa dos direitos individuais indisponíveis, bem como seu dever de proteger as garantias da pessoa idosa consubstanciada na Constituição Federal e no Estatuto do Idoso, sustentou-se a importância da atuação ministerial para efetivação do dever de integral proteção ao idoso, provocando o Estado para prestar alimentos à pessoa idosa, a fim de garantir-lhe um envelhecimento digno.

Referências

ARAÚJO, Ludgleyson Fernandes de.; CASTRO, Jefferson Luiz de Cerqueira; SANTOS, José Victor de Oliveira. *A família e sua relação com o idoso: Um estudo de representações sociais*. In: *Revista Psicologia em Pesquisa*, Juiz de Fora, v. 12, n. 2, jul. 2018.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 2.ed. São Paulo: Edipro, 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 12ª C.Cível. 0047498-39.2017.8.16.0014. Londrina. Rel.: Juiz de Direito substituto de 2º grau Luciano Carrasco Falavinha Souza. J. 11.06.2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 12ª C.Cível. 0057064-75.2018.8.16.0014. Londrina. Rel.: Desembargador Luís Cesar de Paula Espíndola. J. 03.05.2021.

CAPRA, Fritjof. *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. Ed. Cultrix, 1ª ed, 2012.

CUNHA, Leonardo Carneiro da; CABRAL, Antonio do Passo. *Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (collaborative law): “mediação sem mediador”*. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 259, set. 2016.

DAIBERT, Jefferson. *Direito de Família* – 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1979.

DIAS, Maria Berenice. *Alimentos: Direito, Ação, Eficácia e Execução*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. v. 6. São Paulo: Editora Saraiva, 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil: parte geral*. 25. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

Instituto Brasileiro de Geografia Estatística. (2015). *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios: síntese de indicadores 2018*. Coordenação de Trabalho e Rendimento. Rio de Janeiro: IBGE.

LOPES, Ruth Gelehrter da Costa; CALDERONI, Sila Zugman. *O idoso na família: expansão de possibilidades ou retração?*. Cartilha Gerontologia da Prefeitura de São Paulo, 2020.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 11.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado Teixeira. *Os alimentos entre dogmática e efetividade*. In: *Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil*, Belo Horizonte, vol. 12, abr./jun. 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

OLIVEIRA, Beatriz Lopes de. Tutela do Idoso e da Pessoa com Deficiência. *In: Edilson Vitorelli. (Org.). Manual de Direitos Difusos*. 2 ed. São Paulo: Juspodivm, 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*. - Vol. V. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das Famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

ROSA, Conrado Paulino da. *Curso de Direito de Família Contemporâneo*. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

ROSSET, Solange. *Pais e Filhos: uma relação delicada*. Ed. Artesã, 4º ed. 2014.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil - Direito de Família - Vol. 5*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *A disciplina jurídica da autoridade parental*. *In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Família e dignidade humana. In: V Congresso Brasileiro de Direito de Família, 2006, Belo Horizonte. Família e Dignidade Humana*. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; PENALVA, Luciana Dadalto. *Autoridade parental, incapacidade e melhor interesse da criança. Uma reflexão sobre o caso Ashely*. In: *Revista de Informação Legislativa*, v. 180, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. *Esboço de uma classificação funcional dos atos jurídicos*. In: *Revista Brasileira de Direito Civil*, Rio de Janeiro, jul-set 2014.

VERA, Ivania.; LUCCHESI, Roselma.; NAKATANI, Adélia Yaeko Kyosen.; SADOYAMA, Geraldo; BACHION, Maria Márcia; VILA, Vanessa da Silva Carvalho. *Fatores associados à disfuncionalidade familiar em idosos não institucionalizados*. In: *Rev. Texto & Contexto Enfermagem*, Florianópolis, 2015.

ZANETI JR., Hermes. *O Ministério Público e o Novo Processo Civil*. Salvador: Juspodivm, 2018.

CONSIDERAÇÕES SOBRE O REGIME JURÍDICO DOS SONEGADOS NO DIREITO SUCESSÓRIO BRASILEIRO¹

CONSIDERATIONS ON THE LEGAL REGIME OF CONCEALED DECEDENT'S PROPERTY IN BRAZILIAN INHERITANCE LAW

Luiz Guilherme Martins Costa

Advogado em São Paulo. Sócio do escritório Tepedino, Berezowski e Poppa Advogados. Mestre em direito comercial pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco.

João Vitor Silva Rodrigues

Advogado em São Paulo. Mestrando em direito civil pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco.

Resumo: Este artigo busca fornecer uma análise introdutória do regime jurídico dos sonegados no direito sucessório brasileiro, tecendo algumas considerações sobre pontos de divergência e debate na doutrina e jurisprudência. A partir da proposta de uma análise dialética, são abordados, sob o prisma do direito material civil, aspectos conceituais dos sonegados, bem como explicitados os elementos objetivo e subjetivo da caracterização de sua fattispecie e as consequências experimentadas pelos sujeitos envolvidos quando incidente a pena de sonegados contra o herdeiro ou inventariante. Sob o prisma do direito processual civil, são apresentados os contornos gerais quanto à legitimidade das partes, ao procedimento e aos prazos envolvidos na ação de sonegados.

Palavras-chave: Direito das Sucessões. Herança. Sonegados.

Abstract: *This article aims to provide an introductory analysis of the legal framework*

¹ Como citar este artigo: COSTA, Luiz Guilherme Martins; RODRIGUES, João Vitor Silva. *Considerações sobre o regime jurídico dos sonegados no direito sucessório brasileiro*. In: *Revista de Direito de Família e das Sucessões (RDFAS)*, Coord. Carlos Alberto Garbi e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Associação de Direito de Família e das Sucessões, mai/ago. 2021, v. 21, p. 65-83.

governing concealed assets ("sonogados") in Brazilian succession law, engaging with points of contention and debate in legal doctrine and case law. Adopting a dialectical methodology, it addresses the conceptual framework of concealed assets under substantive civil law, detailing the objective and subjective elements of their fattispecie and the implications for heirs or administrators subject to concealment penalties. On the procedural side, it addresses the issues of party standing, procedural mechanisms, and timelines relevant to the action for concealed assets.

Keywords: *Sucession Law. Inheritance. Concealed assets.*

Sumário. Introdução. 1. Conceito geral. 2. Requisitos da fattispecie. Controvérsias doutrinárias quanto ao dolo. Correntes sobre o ônus da prova. 3. Hipóteses e exemplos concretos de sonogados. Exceções. 4. Ação de sonogados. Legitimidade. 5. Onde se deve propor ação de sonogados. Outros aspectos processuais. 6. Do momento em que se pode arguir de sonegação. Termo inicial e prazo da prescrição. Protesto do inventariante pela descrição de novos bens. 7. Sentença de procedência. Consequências de direito material.

Introdução

Este artigo é resultado de algumas investigações que nos foram recentemente propostas sobre tema com que há anos não havíamos tido qualquer contato – na verdade, desde os tempos do seu primeiro estudo, nos bancos da Faculdade de Direito.

Fruto da necessidade de rememorar, com brevidade, os contornos gerais do instituto dos *sonogados* no direito das sucessões, bem como de sua faceta processual – a *ação de sonogados* –, este trabalho propõe justamente apresentar, de forma dialética, as lições de alguns autores da civilística brasileira sobre o tema, cujas obras estiveram em nosso alcance imediato, buscando expor aqui os pontos que, nos parece, não podem faltar a um estudo introdutório desse assunto.

1. Conceito Geral

A *ação de sonogados* é a via judicial pela qual se busca (I) trazer ao inventário algum bem do *de cuius* que deveria entrar na partilha, mas que foi conscientemente ocultado pelo inventariante ou herdeiro que o tenha consigo ou que saiba estar na posse de terceiro; e (II) aplicar ao sonegador as penas impostas nos artigos 1.992 e 1.993 do Código Civil².

Há *sonegação* sempre que alguém, sabendo existir bem do *de cuius* que deva ser incluído na partilha, não o entrega nem o menciona ao inventário³.

2. Requisitos da *fattispecie*. Controvérsias doutrinárias quanto ao dolo. Correntes sobre o ônus da prova

Para a maioria dos autores, verifica-se a sonegação quando preenchidos dois requisitos, um objetivo, outro subjetivo. Quanto ao requisito objetivo, há integral concordância entre os doutrinadores: consiste na não conferência, não declaração ou não restituição de bem pertencente ao *de cuius* e constituinte do seu acervo hereditário⁴. De forma mais simples, trata-se da ocultação dos bens em si⁵.

O requisito subjetivo, por sua vez, consiste na intenção de “iludir o princípio da igualdade na distribuição dos bens”⁶, no intuito fraudulento e malicioso do sonegador⁷, ou, ainda, no *dolo*. Esse requisito subjetivo não é tão pacífico na doutrina, sobretudo a partir da opinião de Clóvis BEVILAQUA, segundo a qual:

“Não exige o Código que a ocultação seja dolosa, porque a sonegação, segundo o conceito deste artigo, pressupõe o dolo.

² “Art. 1.992. O herdeiro que sonegar bens da herança, não os descrevendo no inventário quando estejam em seu poder, ou, com o seu conhecimento, no de outrem, ou que os omitir na colação, a que os deva levar, ou que deixar de restituí-los, perderá o direito que sobre eles lhe cabia. Art. 1.993. Além da pena cominada no artigo antecedente, se o sonegador for o próprio inventariante, remover-se-á, em se provando a sonegação, ou negando ele a existência dos bens, quando indicados.”

³ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, t. 60: Direito das sucessões: testamentário: inventário e partilha, São Paulo, RT, 2012, p. 361.

⁴ Francisco José CAHALI e Giselda HIRONAKA, *Direito das Sucessões*, 4.^a ed., São Paulo, RT, 2012, p. 467.

⁵ Eduardo de OLIVEIRA LEITE, *Comentários ao Novo Código Civil*, v. 21: Do Direito das Sucessões, 5.^a ed., Rio de Janeiro, 2009, p. 867.

⁶ Carlos MAXIMILIANO, *Direito das Sucessões*, v. 3, 2.^a ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1943, p. 404.

⁷ Orlando GOMES, *Sucessões*, 15.^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 2012, p. 321.

A intenção maliciosa é elemento constitutivo dessa modalidade de subtração do alheio. Difere, assim, o conceito atual de que do mesmo fato nos dava o direito anterior, que exigia a prova de má fé”⁸

Sobretudo essa afirmação de que a sonegação *pressupõe* o dolo foi o que mais dividiu os autores, incidindo a controvérsia instaurada, principalmente, acerca do *ônus da prova* na ação de sonogados. Autores como Carlos MAXIMILIANO⁹, PONTES DE MIRANDA¹⁰, OLIVEIRA LEITE¹¹ e Arnaldo RIZZARDO¹², encampando a posição de Clóvis BEVILAQUA, defenderam que, na ação de sonogados, basta ao acusador provar que o acusado de sonegação estava na posse de coisa que *sabia* pertencente ao espólio, ou que conhecia seu paradeiro na posse de outrem, ao passo que caberia ao próprio acusado de sonegação demonstrar a sua *boa-fé* para afastar a incidência da pena de sonogados.

Essa opinião é rebatida por autores como CARVALHO SANTOS¹³, Orlando GOMES¹⁴, Caio Mário da Silva PEREIRA¹⁵ e outros tantos¹⁶, para quem, não podendo

⁸ Clóvis BEVILÁQUA, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, v. 6, 9.^a ed., Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1955, p. 215.

⁹ “Para se aplicarem as penas de sonogados, não é necessária prova especial referente ao dolo; basta resultar dos fatos da causa e do conjunto das circunstâncias envolventes dos mesmos a malícia de quem oculta ou deixa de mencionar bens do espólio, o desvio propositado para prejudicar sucessores do falecido (...).

“Do simples fato de ocultar um objeto ou valor, ou subtraí-lo à partilha, ressalta a malícia (...); neste caso, incumbe ao faltoso provar a boa fé. Cabe aos autores demonstrar apenas que ele agiu a sabiendas, isto é, que desviou do inventário o que sabia dever ser incorporado ao acervo sucessório” – Carlos MAXIMILIANO, *Direito das Sucessões*, v. 3, 2.^a ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1943, pp. 405-406.

¹⁰ “Se o herdeiro não deu para descrição o que tinha consigo, como possuidor, ou como tenedor, ou o que, com ciência sua, estava na posse da tença de outrem, entende-se que o fez de má-fé. Se ciente estava, tinha o dever de dá-lo para a descrição, ou comunicar ao inventariante ou ao juízo. O ônus da prova de que não tinha ciência ou de que não deixara de comunicar sem má fé, dolo, ou culpa, é do demandado, e não do demandante” – F. C. PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, p. 368.

¹¹ “Assim sendo, toda e qualquer subtração, ou omissão, ou ocultação é, motu próprio, dolosa. Ou seja, para se aplicarem as penas de sonogados, não é necessário prova especial referente ao dolo” – Eduardo de OLIVEIRA LEITE, *op. cit.*, p. 869.

¹² “Pressupõe que tenha agido com dolo ou má-fé o sonegador (...). mas a simples ocultação ou mesmo a omissão revela o dolo, eis que presente a vontade de não restituir” – Arnaldo RIZZARDO, *Direito das Sucessões*, 6.^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 2011, p. 589.

¹³ “A sonegação traz em si o elemento doloso: ‘a intenção maliciosa é elemento constitutivo dessa modalidade de subtração do alheio. (...) [E]ntendemos que é necessária a prova de que a ocultação seja dolosa. Por isso, na ação respectiva, é necessário provar que houve ocultação dolosa, por parte do herdeiro: sonegar quer dizer ocultar dolosamente” – João Manoel de CARVALHO SANTOS, *Código civil brasileiro interpretado – Principalmente do ponto de vista prático*, vol. XXV, 8.^a, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1972, p. 5.

¹⁴ “Omissão e ocultação têm de ser dolosas. Necessário provar que o inventariante, ou o herdeiro, teve o propósito de prejudicar, de fraudar a partilha. Assim, o silêncio por ignorância não configura

haver *presunção de dolo*, caberá sempre ao acusador demonstrar que o herdeiro ou inventariante acusado teve o intento de prejudicar ou fraudar a partilha, de maneira tal que, não provado o dolo, deve-se concluir que a ocultação do bem foi mero fruto de ignorância, hipótese em que, embora se determine a inclusão do bem no monte, não incidem as penas de sonegação.

As opiniões voltam a convergir, entretanto, na hipótese em que o inventariante ou herdeiro é expressamente interpelado a trazer ao inventário o bem alegadamente pertencente ao *de cuius*, e, ainda assim, se omite ou se nega a fazê-lo. Nesse caso, entende-se que, uma vez comprovada a propriedade do *de cuius*, a simples renitência do acusado deve ser interpretada como demonstração de má-fé, cabendo ao acusado, nesse caso, demonstrar a sua boa-fé, se o caso¹⁷.

Esse entendimento é reforçado por dois precedentes do STJ¹⁸:

“A aplicação da pena de sonegados exige *prova de má-fé ou dolo na ocultação de bens que deveriam ser trazidos à colação*, o que, *via de regra, ocorre somente após a interpelação do herdeiro sobre a existência de bens sonegados*” (REsp n.º 1.567.267/CE, Quarta Turma, Rel. Min. Lázaro Guimarães, julg. 11.6.2019)

* * *

sonegação. Não a patenteia, igualmente, a omissão involuntária. Imprescindível, em suma, a *má-fé* (...) A intenção de fraudar precisa ser provada pelo acusador, eis que sonegar é ocultar dolosamente” – Orlando GOMES, *op. cit.*, p. 320.

¹⁵ “Nunca se presumindo, o dolo deverá ser provado, demonstrando-se a intenção maliciosa. E na falta de prova, concluir-se-á que a ocultação é fruto de ignorância” – Caio Mario da Silva PEREIRA, *Instituições de Direito Civil*, v. 6: Direito das Sucessões, 26.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2019, p. 374.

¹⁶ Sebastião AMORIM, *Inventários e partilhas*, 20.ª ed., São Paulo, Leud, 2006, p. 363; Maria Helena DINIZ, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, v. 6, São Paulo, Saraiva, 2005, p. 391; e Flavio TARTUCE, *Direito Civil*, v. 6, 10.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2017, p. 584.

¹⁷ “Tal prova resultará, contudo, do fato da ocultação (...) se o inventariante for intimado a apresentar a coisa sonegada e não o fizer. Presumir-se-á, então, o propósito de se apropriar dela, salvo se o acusado, justificando a causa de seu procedimento, demonstra a boa-fé” – Caio Mario da Silva PEREIRA, *op. cit.*, p. 374.

“Os doutrinadores são quase unânimes no sentido de que a renitência do sonegador, após a interpelação, é o bastante para que se configure seu dolo. Bem por isso caberá a ele, sonegador, provar nos autos da ação de sonegados que sua conduta se justifica por qualquer motivo, como, por exemplo, o fato de o bem não pertencer ao espólio” – Francisco José CAHALI e Giselda Maria HIRONAKA, *op. cit.*, p. 470.

¹⁸ São poucos os precedentes do STJ sobre a sonegação de bens no inventário. Na pesquisa, foram usadas as palavras-chave “Inventário” e “sonegado”, resultando na localização de 32 julgados.

“A ação de sonegados não tem como pressuposto a prévia interpelação do herdeiro, nos autos do inventário. *Se houver a arguição, a omissão ou a negativa do herdeiro caracterizará o dolo, admitida prova em contrário.* Inexistindo arguição nos autos do inventário, a prova do dolo deverá ser apurada durante a instrução. Admitido o desvio de bens, mas negado o dolo, não é aplicável a pena de sonegados, mas os bens devem ser sobrepartilhados” (REsp n.º 163.195/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julg. 12.5.1998)

Em sentido contrário, foi localizado um único precedente, de relatoria do Min. Sidnei Beneti, mas com voto vencedor do Min. João Otávio de Noronha (relator para acórdão), consignando que, mesmo havendo renitência do herdeiro após sua interpelação para arrolamento dos bens alegadamente sonegados, a incidência das penas de sonegação só deve ter lugar em havendo demonstração inequívoca de fraude. Confira-se:

“É cabível o ajuizamento da ação de sonegados quando não trazidos à colação os numerários doados pelo pai a alguns dos herdeiros para a aquisição de bens imóveis. (...) *A simples renitência do herdeiro, mesmo após interpelação, não configura dolo, sendo necessário, para tanto, demonstração inequívoca de que seu comportamento foi inspirado pela fraude.* Não caracterizado o dolo de sonegar, afasta-se a pena da perda dos bens” (REsp n.º 1.202.521/RS, Terceira Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, Rel. p. acórdão Min. João Otávio de Noronha, julg. 19.8.2014)

Do voto vencedor: “Não considero que a simples renitência do herdeiro justifique a aplicação da drástica pena de sonegados. Entendo necessária, para tanto, a demonstração inequívoca de que o comportamento do herdeiro foi inspirado pela fraude, pela determinação consciente de subtrair à partilha bem que

sabe pertencer ao espólio. Presentes as peculiaridades do caso concreto, em que configurada dúvida razoável quanto às colações pretendidas, acompanho o eminente relator por não vislumbrar a presença de dolo”

Apesar do que constou na redação final da ementa desse julgado, a leitura atenta dos votos de ambos os ministros aludidos acima parece indicar que, no caso, a pena de sonegados foi afastada justamente porque demonstrada pelos herdeiros acusados a *fundada dúvida* quanto à propriedade do *de cuius* sobre os bens alegadamente sonegados. É dizer, ao fim e ao cabo, foi afastada a pena porque comprovada pelos requeridos a ausência de má-fé.

3. Hipóteses e exemplos concretos de sonegados. Exceções

Exemplo mais basilar e evidente de bens sonegados é o que se dá quando o herdeiro ou inventariante, na posse de um *bem*¹⁹ do inventariado – do qual se apossou ou que lhe foi entregue – silencia, e não o indica à composição do acervo hereditário, prejudicando, assim, a divisão igualitária dos ativos do espólio. Ao lado desse exemplo, a doutrina enumera outros vários, que podem fugir às primeiras impressões que vêm da leitura dos artigos 1.992 e 1.993 do Código Civil.

Aberta a sucessão, e ainda não assinado o compromisso do inventariante, fica o espólio sob administração provisória de uma das pessoas elencadas no artigo 1.797 do Código Civil – a primeira delas, o cônjuge supérstite, a quem se denominava, na antiga tradição civilista e na vigência do Código Civil de 1916, *cabeça de casal*. Achando-se os bens em seu poder, cabe ao administrador provisório a descrição dos bens do falecido. Silenciando, dolosamente, sobre um ou alguns bens, pode ele incorrer na pena de sonegados²⁰.

O mesmo sucede quando há coisas do inventariado na posse ou detenção de terceiro, e o inventariante ou herdeiro sabe que existem e conhece seu

¹⁹ O termo é aqui empregado sempre em sentido jurídico patrimonial, aludindo a tudo o que pode constituir *objeto de direito* real ou obrigacional. Cf. Orlando GOMES, *Introdução do Direito Civil*, 17.^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 199: “Tomada no sentido mais claro, a palavra *bem* confunde-se com o *objeto dos direitos*; designa as coisas e ações humanas (comportamento que as pessoas podem exigir umas das outras)”.

²⁰ Carlos MAXIMILIANO, *op. cit.*, v. 3, 2.^a ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1943, p. 403.

paradeiro, mas não as inclui no inventário. Desconhecida a localização da coisa, cabe ao inventariante ainda assim referi-la no inventário, e intentar os meios cabíveis para encontrá-la, sob pena de sonegados²¹. Além disso, também sonega o inventariante ou herdeiro que oculta créditos do inventariado contra terceiros, ou – outro lado da moeda –, que oculta débitos de terceiros (inclusive outros herdeiros) em face do espólio²².

Cabe ao inventariante descrever os frutos e rendimentos posteriores ao óbito, ou anteriores, mas recebidos e colhidos por ele quando no exercício do cargo. Não o fazendo, sonega. Também se sujeita à pena de sonegados o herdeiro que recebeu doação do hereditando e, falecido este, não conferiu o valor das doações e não trouxe os bens à colação, conforme preceitua o artigo 2.002 do Código Civil.

De igual modo, o herdeiro que simula ou falsifica a aquisição do bem do *de cuius* por ele, sonegador – visando, nas mais das vezes, a dissimular doação que prejudica a legítima dos coerdeiros –; ou ainda o herdeiro que realiza, até mesmo em vida do inventariado, e mantém depois da sua morte, alienação de coisas pertencentes a ele, nada declarando sobre compra fraudulenta efetuada por terceiro²³. Por fim, também sonega o herdeiro ou inventariado que falsifica escrita para diminuir o ativo, ou que nomeia crédito *falso*, seu ou de terceiros, contra a herança²⁴.

De outro lado, não incide a pena de sonegados: (I) se o herdeiro ignora a existência dos bens, ou o fato de pertencerem ao espólio; (II) quando o suposto autor da sonegação se julga dono exclusivo do bem, ou crê pertencerem a terceiros; (III) quando a ocultação se faz de comum acordo entre todos os herdeiros, no sentido de lesar o fisco; (IV) quando não houve omissão na descrição dos bens; e (V) quando a omissão foi involuntária²⁵.

4. Ação de sonegados. Legitimidade

²¹ *Idem, ibidem.*

²² Caio Mario da Silva PEREIRA, *op. cit.*, p. 320.

²³ Carlos MAXIMILIANO, *op. cit.*, p. 410.

²⁴ Orlando GOMES, *Sucessões, cit.*, p. 320.

²⁵ J. M. CARVALHO SANTOS, *op. cit.*, p. 6.

São legitimados concorrentemente a ajuizar a ação de sonegados aqueles que têm interesse em ver incluído no acervo hereditário o bem oculto pelo sonegador. Assim, os herdeiros legítimos ou testamentários e os credores da herança, conforme expressamente consignado no artigo 1.994, *caput* do Código Civil²⁶. A doutrina, todavia, tem recorrentemente defendido o alargamento do rol dos legitimados, reconhecendo a outros a mesma legitimidade ativa de que dispõem *ex lege* os herdeiros e os credores da herança.

Defende-se, em linha geral, que referida legitimidade decorre do *interesse* em ver aumentado o monte-mor, com a inclusão, no acervo hereditário, do bem oculto pelo sonegador. Daí que a ação de sonegados poderia ser intentada também pelos credores de um ou mais herdeiros²⁷, e mesmo pelo cônjuge ou companheiro sobrevivente não-herdeiro, visto que, aumentado o acervo sucessório, tanto a meação como o direito de concorrência igualmente aumentam de proporções²⁸. Também pode propor a ação de sonegados o Ministério Público, quando estiver envolvido interesse de menor ou incapaz²⁹.

Segundo leciona Giselda Hironaka, contudo, o *interesse* que confere ao autor a legitimidade para propositura da ação de sonegados não se limita ao interesse *patrimonial*, mas inclui também o *interesse funcional*, que tem por exemplo o inventariante não-herdeiro, responsável pelo fiel prosseguimento do inventário³⁰. Para outros, contudo, essa legitimidade ativa do inventariante decorreria do próprio texto legal, visto que lhe é imposto o dever de arguir o herdeiro que declarou no inventário não possuir outros bens, podendo, acaso ciente da fraude do herdeiro, intentar os meios judiciais para o resgate do bem sonegado³¹.

É controversa a legitimidade da Fazenda Pública para propor ação de sonegados. Autores há que defendem a possibilidade de propositura dessa ação pelo fisco, apenas para requerer a inclusão do bem sonegado no espólio³², sem aplicação da pena de sonegados. Parece mais aprofundada, contudo, a lição de PONTES DE MIRANDA, para quem a ocultação de bens pelos herdeiros, apenas para

²⁶ Art. 1.994. A pena de sonegados só se pode requerer e impor em ação movida pelos herdeiros ou pelos credores da herança.

²⁷ Maria Berenice DIAS, *Manual das Sucessões*, 3.^a ed., São Paulo, RT, 2013, p. 623.

²⁸ *Idem, ibidem*.

²⁹ *Idem*, p. 627.

³⁰ Francisco José CAHALI e Giselda HIRONAKA, *op. cit.*, p. 469.

³¹ Maria Berenice DIAS, *op. cit.*, p. 623.

³² Nesse sentido, v. Orlando GOMES, *Sucessões, cit.*, p. 323 e Francisco José CAHALI e Giselda HIRONAKA, *op. cit.*, p. 469.

evitar o pagamento de tributos, não dá ao fisco a legitimidade à ação de sonegação. Hipótese distinta, contudo, a de já ser a Fazenda credora do espólio ou de algum herdeiro, situação em que é ela, como qualquer ou credor, legitimada à propositura dessa ação, por força do artigo 1.994 do Código Civil³³.

De outro lado, todo aquele que detiver bens hereditários sob ocultação, não sendo ele estranho à sucessão, sujeita-se à declaração de sonegação³⁴. Assim, os herdeiros legítimos e testamentários, o inventariante, o testamenteiro, o administrador provisório e o cônjuge supérstite não-herdeiro (mas, nesse caso, apenas quanto aos bens particulares que estejam em sua posse, e não quanto à meação³⁵). Os terceiros estranhos à sucessão não sonegam ao ocultar bens que estejam em sua posse ou detenção, mas sujeitam-se a ações possessória, indenizatórias, e mesmo ao delito de apropriação indébita.

5. Onde se deve propor ação de sonegados. Outros aspectos processuais

O Código Civil de 1916, em seu artigo 1.782, dispunha que “*a pena de sonegados só se pode requerer e impor em ação ordinária*”. O novo diploma civil, por sua vez, ao reproduzir a norma, em seu artigo 1.994, fez referência apenas à necessidade de ajuizamento de ação para tal finalidade³⁶, podendo ser intentada, como visto, pelos herdeiros, credores da herança, e, alguns casos, por terceiros. A ação de sonegados se dá pelo procedimento comum e, justamente por envolver questão de *alta indagação*, se processa em separado dos autos do inventário³⁷. Nada obstante, o juízo competente para conhecer e julgar a questão é o do foro do inventário, tramitando ambos os processos em conexão entre si³⁸.

Com relação à natureza da ação – *rectius*, à eficácia da sentença nela proferida –, fala-se de uma dupla carga eficaz. De um lado, a sentença é condenatória, na medida em que ordena a devolução da coisa sonegada e sua inclusão no monte hereditário. De outro lado, a sentença é constitutiva, ao aplicar a

³³ F. C. PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, p. 369.

³⁴ Sílvio de Salvo VENOSA, *Direito Civil: direito das sucessões*, 12.^a ed., São Paulo, Atlas, 2012, p. 371.

³⁵ Maria Berenice DIAS, *op. cit.*, p. 624.

³⁶ Cf. nota 27, *supra*.

³⁷ Francisco José CAHALI e Giselda HIRONAKA, *op. cit.*, p. 469.

³⁸ *Idem, ibidem*.

pena de exclusão dos direitos hereditários que o sonegador herdeiro tinha sobre o bem sonegado³⁹.

Em face desse caráter punitivo, defende-se que a ação de sonegados tem caráter personalíssimo, de modo tal que, ocorrendo a morte do réu durante a ação, deve-se extinguir o processo, sem resolução de mérito, no que tange ao pedido de aplicação da pena – subsistindo, todavia, no tocante ao pedido de restituição do bem sonegado à massa hereditária. Nesse caso, morto o herdeiro sonegador e extinto o processo, não incide a pena de exclusão do bem sobre os seus herdeiros, chamados à sucessão do *de cuius*.

Maria Berenice Dias ressalta, contudo que, se o falecimento do sonegador se der após o trânsito em julgado da sentença de sonegados, seus herdeiros deixam de receber a parte que ele perdeu em consequência da falta cometida⁴⁰.

6. Do momento em que se pode arguir de sonegação. Termo inicial e prazo da prescrição. Protesto do inventariante pela descrição de novos bens

Conforme disposto no artigo 1.996 do Código Civil⁴¹, o inventariante só poderá ser arguido de sonegação após a declaração de que se encontra encerrada a descrição de bens, não havendo outros a inventariar e partir. Segundo a doutrina, isso se dá porque, até o momento dessa declaração formal, sempre poderá o inventariante trazer outros bens ao processo, de forma tal que qualquer ocultação havida até então será tida como meramente temporária, presumindo-se que o inventariante, ao final, trará ao inventário *todos os bens*⁴². Prestadas, enfim, as declarações finais no inventário e não descritos efetivamente todos os bens, estará caracterizada, pois, a sonegação, possibilitando ao herdeiro ou interessado ajuizar a ação de sonegados contra o inventariante⁴³.

Como o artigo 1.996 do Código Civil alude à necessidade de ter havido expressa declaração do inventariante de *não existirem outros bens por inventariar*,

³⁹ Maria Berenice DIAS, *op. cit.*, p. 627.

⁴⁰ *Op. cit.*, p. 390.

⁴¹ Art. 1.996. Só se pode arguir de sonegação o inventariante depois de encerrada a descrição dos bens, com a declaração, por ele feita, de não existirem outros por inventariar e partir, assim como arguir o herdeiro, depois de declarar-se no inventário que não os possui.

⁴² Francisco José CAHALI e Giselda HIRONAKA, *op. cit.*, pp. 467-468.

⁴³ Orlando GOMES, *sucessões, cit.*, p. 322.

estabeleceu-se a praxe de protestarem os inventariantes pela descrição de novos bens, cuja existência chegue ao seu conhecimento, buscando, assim, evitar a pena de sonogados a todo o tempo⁴⁴. Nesse caso, cabe ao interessado, que sabe da existência de bens não inventariados, interpelar o inventariante para que os declare, apontando-os expressamente, de forma que, recusando-se ou omitindo-se o inventariante, caracteriza-se a presunção de dolo, ensejando a propositura da ação⁴⁵.

Conforme leciona Arnaldo RIZZARDO, contudo, as últimas declarações se destinam apenas a complementar a relação de bens, ou a fornecer dados que se formaram apenas no curso do inventário, sendo imprescindível que, a esse tempo, todos os bens já se encontrem devidamente descritos e avaliados. Não se deve aguardar o final do inventário para apontar novos bens do inventariado. Nesse sentido, que o referido protesto pela descrição de novos bens que se fará quando das últimas declarações é prática inadmissível, pois tornaria sem utilidade os atos anteriormente realizados, como os de avaliação. Daí por que, no entendimento do autor, a interpretação de que o artigo 1.996 do Código Civil só permite a arguição de sonegação do inventariante depois das últimas declarações constitui uma “válvula para a protelação do compromisso de revelar o patrimônio e mesmo colocá-lo à disposição de todos os herdeiros”⁴⁶.

Digno de nota, ainda, o precedente do Superior Tribunal de Justiça em que discutida ação de sonogados proposta contra inventariante que, nas declarações finais, não afirmou inexistirem outros bens a inventariar. Nesse caso, entendeu o Tribunal que faltaria *interesse processual* à propositura da ação, sendo

⁴⁴ J. M. CARVALHO SANTOS, *op. cit.*, p. 10.

⁴⁵ Caio Mario da Silva PEREIRA, *op. cit.*, p. 374.

⁴⁶ Arnaldo RIZZARDO, *op. cit.*, pp. 587-588. *In verbis*: “Conforme a regra do art. 993, inc. IV, do Código de Processo Civil, incumbe ao inventariante apresentar a relação completa a individuada de todos os bens do espólio e dos alheios que nele forem encontrados. Não se deve aguardar o final do inventário para tanto, ou apresentá-la somente por ocasião das últimas declarações, pois se destinam estas para complementar a relação de bens, ou fornecer dados que apenas se formaram no curso do inventário. As últimas declarações vêm prestadas após a avaliação. Por isso, é imprescindível que todos os bens já se encontrem avaliados, para dito ato (...). Não é admissível o protesto pela descrição de novos bens que se fará quando das últimas declarações, pois tornaria sem utilidade os atos anteriormente realizados, como os de avaliação. (...) A inteligência de que o art. 1.996 do diploma civil, repetindo incongruência da exegese que outrora se dava ao art. 1.784 do Código de 1916, somente torna possível a sonegação depois das últimas declarações, constitui uma válvula para a protelação do compromisso de revelar o patrimônio e mesmo colocá-lo à disposição de todos os herdeiros. (...) Na hipótese de não constar na declaração a inexistência de outros bens, deverá o juiz ordenar a manifestação expressa para que se evitem protelações ou manobras escusas de enriquecimento indevido à custa do empobrecimento dos demais herdeiros”.

tal declaração do inventariante imprescindível a constituir sua responsabilidade como sonegador. Confira-se:

“I - A ação de sonegados deve ser intentada após as últimas declarações prestadas no inventário, no sentido de não haver mais bens a inventariar.

II – *Sem haver a declaração, no inventário, de não haver outros bens a inventariar, falta à ação de sonegados uma das condições, o interesse processual, em face da desnecessidade de utilização do procedimento*” (REsp n.º 265.859/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julg. 20.3.2003)

No mesmo sentido, afirma Maria Berenice DIAS que, antes de fluído o prazo das últimas declarações, inexistente interesse de agir, de forma que, proposta ação de sonegados antes dessa data, cabe ao juiz julgá-la extinta, sem resolução de mérito⁴⁷.

Já no que tange aos herdeiros, podem ser eles arguidos de sonegação depois de superado o prazo para manifestação sobre as primeiras declarações, oportunidade em que lhes cabe descrever todo e qualquer bem do *de cuius* não apontado nas primeiras declarações, bem como todo e qualquer bem que deva ser trazido à colação. Superado esse prazo e tendo o herdeiro silenciado sobre bens, sonega, momento a partir do que está sujeito a ter ajuizada contra si ação de sonegados.

Cabe salientar que nada impede que a ação seja proposta depois de findado o inventário e realizada a partilha. Nesse caso, o reconhecimento da sonegação não anula ou modifica a partilha: a teor do art. 2.022 do Código Civil, os bens sonegados, descobertos após a partilha, ficam simplesmente sujeitos à sobrepartilha.

Quanto ao prazo prescricional, é unânime a doutrina em defender a incidência do artigo 205 do Código Civil à espécie, sendo, assim, de dez anos o tempo em que pode o interessado exercer sua pretensão de ver judicialmente declarada a sonegação.

⁴⁷ *Op. cit.*, p. 628.

As controvérsias surgem quanto à definição do termo inicial de tal prazo. Para Caio Mario da Silva PEREIRA, conta-se o prazo prescricional a partir “da declaração, pelo inventariante, de não existirem outros bens por inventariar, ou, no caso de sonegação pelo herdeiro, a partir de sua declaração, no inventário, de não possuir os bens sonegados”⁴⁸.

De outro lado, uma segunda corrente defende que o prazo prescricional para ação de sonegados só começa a correr com a ciência do interessado sobre a ocorrência da sonegação. Por todos, confira-se a lição de Maria Berenice DIAS:

“É a data indicada pelo autor de que teve ciência da sonegação que conta o prazo para a propositura da ação, não a partir da apresentação das últimas declarações nos autos do inventário. Pode ser que, até lá, não tivesse tido conhecimento da existência dos demais bens”⁴⁹

Por fim, cabe observar que vige na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça uma terceira corrente, que aponta como termo inicial do prazo prescricional a data de *encerramento do inventário*, até a qual seria possível a ocorrência de novas declarações de bens:

“(…) a prescrição da ação de sonegados, de dez anos, conta-se a partir do encerramento do inventário, pois, até essa data, podem ocorrer novas declarações, trazendo-se bens a inventariar” (REsp n.º 1.196.946/RS, Terceira Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, Rel. p. acórdão Min. João Otávio de Noronha, julg. 19.8.2014)⁵⁰

7. Sentença de procedência. Consequências de direito material

⁴⁸ *Op. cit.*, p. 376.

⁴⁹ *Op. cit.*, p. 622.

⁵⁰ No mesmo sentido: STJ, AgInt nos EDcl no AREsp n.º 1.591.559/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julg. 6.3.2023.

Julgada a ação de sonegados, e procedentes os pedidos, surgem, por regra, dois efeitos. *Em primeiro lugar*, os bens ocultados são restituídos ao espólio, para serem objeto de partilha ou sobrepartilha. Cabe ressaltar que essa primeira consequência decorre da simples constatação de que determinado bem de fato pertencia ao espólio e deveria ter sido inventariado, surgindo esse efeito jurídico mesmo nos casos em que demonstrado não ter havido dolo do herdeiro acusado de sonegar. Assim, mesmo nos casos em que julgado não ter havido ocultação fraudulenta – não ter havido *sonegação*, propriamente dita –, poderá surgir essa primeira consequência⁵¹.

Nessa hipótese, parece possível afirmar que o herdeiro responde como possuidor de boa-fé (artigo 1.201 do Código Civil), tendo direito aos frutos percebidos (artigo 1.214 do Código Civil), não respondendo pela perda ou deterioração da coisa, a que não der causa (artigo 1.217 do Código Civil) e podendo ter ressarcidas as benfeitorias necessárias e úteis que realizar sobre a coisa (artigo 1.219 do Código Civil).

De outro lado, reconhecido na sentença o dolo e o intuito fraudulento do inventariante ou herdeiro – isto é, tendo havido *in casu* efetiva *sonegação* –, responde o sonegador como possuidor de má-fé, cabendo-lhe restituir os frutos, civis ou naturais, percebidos durante a sua posse injusta, bem como arcar com os juros de mora e eventuais perdas e danos⁵². Além disso, responde pela perda da coisa, ainda que accidental, salvo se provar que de igual modo teria a coisa se perdido, estando ela na posse do espólio, por inteligência do artigo 1.218 do Código Civil⁵³.

Surgem dúvidas quanto à hipótese em que o sonegador aliena a coisa a terceiro, antes de declarada a ocorrência de *sonegação*. Questiona-se, mais especificamente, se é possível a declaração de nulidade ou anulação da alienação, para fins de que o bem alienado seja restituído ao espólio. Para Eduardo OLIVEIRA LEITE, de um lado, o juiz da ação de sonegados não tem o poder de desconstituir a alienação feita pelo sonegador, cabendo-lhe apenas ordenar o pagamento da importância correspondente ao valor da coisa, mais perdas e danos⁵⁴.

Em sentido contrário, Maria Berenice Dias, para quem, nos casos em que houver alienação do bem sonegado a terceiro, é necessário que o terceiro participe,

⁵¹ Eduardo de OLIVEIRA LEITE, *op. cit.*, p. 877.

⁵² Caio Mario da Silva PEREIRA, *op. cit.*, p. 375.

⁵³ Orlando GOMES, *op. cit.*, p. 323.

⁵⁴ *Op. cit.*, p. 876.

como litisconsorte necessário, da ação de sonegados. “*Como o resultado da demanda pode levar à restituição do bem, resguarda-se o comprador dos riscos da evicção, denunciando à lide quem lhe vendeu o bem*”⁵⁵.

Em nossa visão, são distintas as consequências a depender da existência (e da prova) de má-fé tanto do sonegador alienante quanto do terceiro adquirente. Como visto, pode ocorrer de o herdeiro encontrar-se na posse de bens do espólio por verdadeiramente ignorar que não pertencem a si, ocupando, assim, a posição de um possuidor de boa-fé. De outro lado, pode-se conceber a hipótese em que o terceiro adquirente tem plena ciência de que o bem que adquiriu ao herdeiro não pertencia a este, mas sim à massa hereditária, atuando, assim, como adquirente de má-fé. Surgem, assim, dessa combinação, quatro hipóteses distintas: (a) alienante e adquirente de boa-fé; (b) alienante de má-fé e adquirente de boa-fé; (c) alienante de boa-fé e adquirente de má-fé; (d) alienante e adquirente de má-fé.

Em qualquer dos casos, parece-nos aconselhável a participação do terceiro adquirente na ação de sonegados, sem a qual, de fato, não há que se cogitar da produção de quaisquer efeitos que atinjam sua esfera jurídica. Feita essa ressalva, cumpre avaliar os quatro casos referidos acima.

Em (a), pode operar-se em favor do terceiro de boa-fé a aquisição *a non domino*, mantendo-se com ele a propriedade sobre a coisa alienada. Nesse caso, quanto ao herdeiro alienante de boa-fé, cabe-lhe a restituição do valor do bem alienado ao espólio, nos moldes descritos acima. Importante notar que o valor em questão corresponde ao *valor de mercado* do bem, e não necessariamente ao valor porventura auferido em contraface à alienação. Assim, por exemplo, se a alienação se deu como forma de adimplemento de uma venda, cujo valor foi superior ao valor de mercado do bem – uma *boa venda*, por assim dizer –, conserva consigo o alienante de boa-fé o *lucro* da venda. De outro lado, não preenchidos os requisitos da venda *a non domino*, nula é a alienação, respondendo o alienante pela evicção.

Em (b), igualmente pode operar-se a aquisição *a non domino* em favor do terceiro de boa-fé. Nesse caso, quanto ao herdeiro alienante, cabe-lhe a restituição do valor do bem alienado, assim como das perdas e danos, juros de mora e frutos percebidos. Voltando-se ao exemplo de uma venda, caberá ao alienante devolver ao espólio todos e quaisquer valores recebidos com a alienação fraudulenta. De outro

⁵⁵ *Op. cit.*, p. 628.

lado, não preenchidos os requisitos da venda *a non domino*, nula é a alienação, respondendo o alienante pela evicção, bem como pelas perdas e danos causados por seu dolo.

Em (c), provada a má-fé do terceiro que buscou adquirir para si bem de pessoa que sabia não ser dono, nula é a alienação, de maneira que o bem deve ser ressarcido ao espólio. Ademais disso, o adquirente de má-fé responde perante o alienante de boa-fé pelos prejuízos causados pelo seu dolo.

Por fim, em (d), a má-fé de ambos os partícipes do negócio jurídico translativo conduz a que o bem seja igualmente restituído ao espólio, mas sem que haja responsabilização dos partícipes entre si, ambos movidos por sua má-fé.

Finalmente, o *segundo efeito* decorrente da sentença de procedência dos pedidos da ação de sonegados é a cominação de uma sanção contra o sonegador, correspondente à perda do direito hereditário que o herdeiro tinha sobre o bem sonegado. Trata-se de uma pena à moda do talião, nos dizeres de Euclides de OLIVEIRA⁵⁶, de uma “verdadeira expropriação”⁵⁷, a ela se sujeitando os herdeiros legítimos e testamentários, bem como o legatário, o cônjuge e o companheiro sobrevivente. Além disso, o reconhecimento de sonegação do inventariante implica sua remoção do cargo, e sendo o testamenteiro o sonegador, fica ele destituído do direito à vintena⁵⁸.

Cabe reiterar, contudo, que a pena de sonegados é personalíssima, de forma que, falecido o suposto sonegador antes do trânsito em julgado da sentença que reconheceu a sonegação, não restam prejudicados os seus herdeiros, chamado à sucessão do primeiro *de cuius*, inclusive sobre os bens ocultados pelo segundo.

Referências

AMORIM, Sebastião, *Inventários e partilhas*, 20.^a ed., São Paulo, Leud, 2006.

⁵⁶ “Colação e sonegados”, in Giselda HIRONAKA *et al.* (coord.), *Direito das Sucessões*, 2.^a ed., Belo Horizonte, Del Rey, 2007, p. 394.

⁵⁷ Maria Berenice DIAS, *op. cit.*, p. 626.

⁵⁸ Mario Roberto CARVALHO DE FARIA, *Direito das sucessões: teoria e prática*, 7.^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 2013, p. 293.

BEVILAQUA, Clóvis, *Direito das Sucessões*, 3.^a ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1938.

BEVILAQUA, Clóvis, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, v. 6, 9.^a ed., Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1955.

CAHALI, Francisco José e HIRONAKA, Giselda Maria, *Direito das Sucessões*, 4.^a ed., São Paulo, RT, 2012.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de, *Direito das Sucessões*, 3.^a ed., São Paulo, Atlas, 2017.

CARVALHO DE FARIA, Mario Roberto, *Direito das sucessões: teoria e prática*, 7.^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 2013.

CARVALHO SANTOS, João Manoel de, *Código civil brasileiro interpretado – Principalmente do ponto de vista prático*, v. XXV, 8.^a, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1972.

DIAS, Maria Berenice, *Manual das Sucessões*, 3.^a ed., São Paulo, RT, 2013.

DINIZ, Maria Helena, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, v. 6, São Paulo, Saraiva, 2005.

GOMES, Orlando, *Sucessões*, 15.^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 2012.

GOMES, Orlando, *Introdução do Direito Civil*, 17.^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 2000.

LEITE, Eduardo de Oliveira, *Comentários ao Novo Código Civil*, v. 21: *Do Direito das Sucessões*, 5.^a ed., Rio de Janeiro, 2009.

MAXIMILIANO, Carlos, *Direito das Sucessões*, v. 3, 2.^a ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1943.

MELO, Henrique Ferraz Corrêa de, *et al.*, *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, v. 17: Do Direito das Sucessões, Rio de Janeiro, Forense, 2008.

OLIVEIRA, Euclides, “Colaço e Sonogados”, em HIRONAKA, Giselda *et al.* (coord.), *Direito das Sucessões*, 2.^a ed., Belo Horizonte, Del Rey, 2007.

PEREIRA, Caio Mario da Silva, *Instituições de Direito Civil*, v. 6: Direito das Sucessões, 26.^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 2019.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Tratado de Direito Privado*, tomo LX: Direito das sucessões: testamentário: inventário e partilha, São Paulo, RT, 2012.

RIZZARDO, Arnaldo, *Direito das Sucessões*, 6.^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 2011.

TARTUCE, Flavio, *Direito Civil*, v. 6, 10.^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 2017.

VENOSA, Silvio de Salvo, *Direito Civil: direito das sucessões*, 12.^a ed., São Paulo, Atlas, 2012.

NORMAS DE PUBLICAÇÃO

Convidamos os estudiosos do Direito de Família e das Sucessões e das disciplinas correlatas para participarem da RDFAS, com artigos inéditos em português, inglês, francês, alemão, espanhol e italiano.

Os temas são de livre escolha, desde que respeitado o âmbito da RDFAS, voltado ao Direito de Família e das Sucessões e às disciplinas correlatas, jurídicas e não jurídicas.

Requisitos para publicação:

- (a) de artigos: titulação mínima de mestrando (estar matriculado em curso de pós-graduação em nível de mestrado);
- (b) de comentários jurisprudenciais: titulação mínima de graduado;
- (c) os textos deverão ser inéditos.

Regras de formatação:

- (a) tamanho do papel: A4;
- (b) tamanho do texto: mínimo de 10 e máximo de 40 páginas;
- (c) margens: superior e inferior de 2,0 cm, esquerda e direita de 3,0 cm;
- (d) alinhamento: justificado;
- (e) fonte: Times New Roman, normal, tamanho 12 – título, corpo de texto, citações e sumário; tamanho 10 – notas de rodapé;
- (f) espaçamento entre linhas: 1,5;
- (g) destaques em itálico (não utilizar negrito e sublinhado);
- (h) citações: entre aspas e com recuo;
- (i) as citações ou referências bibliográficas deverão seguir a NBR 6023/2002 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT – Anexo I);
- (j) as referências devem constar na nota de rodapé (não usar sistema autor-data);
- (k) título do artigo em português e em inglês;
- (l) resumo do artigo em português e em inglês de, no máximo, 750 caracteres – sem espaços;

(m) lista de 5 palavras-chave em português e suas correspondentes em inglês;

(n) sumário.

Folha de rosto:

(a) deve vir em arquivo à parte;

(a) nome, titulação, profissão, endereço, telefone e endereço eletrônico do(s) autor(es) do trabalho, assim como a afiliação universitária, ou seja, a instituição de ensino superior a que o articulista está afiliado.

Os temas são de livre escolha, desde que respeitado o âmbito da RDFAS, voltado ao Direito de Família e das Sucessões e às disciplinas correlatas, jurídicas e não jurídicas.

Todos os artigos são submetidos ao processo Blind Peer Review, ou seja, à dupla revisão cega, realizada pelo corpo de pareceristas da RDFAS. Após a aprovação dos artigos para publicação, os respectivos termos de cessão de direitos autorais serão encaminhados aos autores.

Os artigos devem ser enviados para: rdfas@adfas.org.br