

Revista SÍNTESE

DIREITO DE FAMÍLIA

Ano XVII — nº 97 — Ago-Set 2016

REPOSITÓRIO AUTORIZADO DE JURISPRUDÊNCIA
Superior Tribunal de Justiça — Nº 46/2000

DIRETOR EXECUTIVO

Elton José Donato

GERENTE EDITORIAL E DE CONSULTORIA

Eliane Beltramini

COORDENADOR EDITORIAL

Cristiano Basaglia

EDITORA

Simone Costa Saletti Oliveira

CONSELHO EDITORIAL

Álvaro Villaça Azevedo, Daniel Ustárriz, João Baptista Villela, José Roberto Neves Amorim,
Priscila M. P. Correa da Fonseca, Sergio Matheus Garcez, Sergio Resende de Barros

COLABORADORES DESTA EDIÇÃO

Adriane Medianeira Toaldo, Bruna Melo, Claudio Gomes de Oliveira,
Cristiana Sanchez Gomes Ferreira, Elisa Cruz, Hélio Apoliano Cardoso,
Leonardo Alves de Oliveira, Maria Gorete Tavares, Mariani Duarte Massena,
Rafael Niebuhr Maia de Oliveira, Wanderlei José dos Reis

1999 © SÍNTESE

Uma publicação da SÍNTESE, uma linha de produtos jurídicos do Grupo SAGE.

Publicação bimestral de doutrina, jurisprudência e outros assuntos de Direito de Família.

Todos os direitos reservados. Proibida a reprodução parcial ou total, sem consentimento expresso dos editores.

As opiniões emitidas nos artigos assinados são de total responsabilidade de seus autores.

Os acórdãos selecionados para esta Revista correspondem, na íntegra, às cópias obtidas nas secretarias dos respectivos tribunais.

A solicitação de cópias de acórdãos na íntegra, cujas ementas estejam aqui transcritas, e de textos legais pode ser feita pelo e-mail: pesquisa@sage.com.br (serviço gratuito até o limite de 50 páginas mensais).

Revisão e Diagramação: Dois Pontos Editoração

Distribuída em todo o território nacional.

Tiragem: 5.000 exemplares

Capa: Tusset Monteiro Comunicação

Artigos para possível publicação poderão ser enviados para o endereço rdf@sage.com.br

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

REVISTA SÍNTESE DIREITO DE FAMÍLIA

Nota: Continuação de REVISTA IOB DE DIREITO DE FAMÍLIA

v. 1, n. 1, jul. 1999

Publicação periódica
Bimestral

v. 17, n. 97, ago./set. 2016

ISSN 2179-1635

1. Direito de família – periódicos – Brasil

CDU: 347.6(05)(81)

CDD: 340

Bibliotecária responsável: Helena Maria Maciel CRB 10/851

Solicita-se permuta.

Pidese canje.

On demande l'échange.

Si richiede lo scambio.

We ask for exchange.

Wir bitten um austausch.

sage

SÍNTESE

IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda.

R. Antonio Nagib Ibrahim, 350 – Água Branca

05036-060 – São Paulo – SP

www.iobfolhamatic.com.br

Telefones para Contatos

Cobrança: São Paulo e Grande São Paulo (11) 2188.7900

Demais localidades 0800.7247900

SAC e Suporte Técnico: São Paulo e Grande São Paulo (11) 2188.7900

Demais localidades 0800.7247900

E-mail: sacsintese@sage.com

Renovação: Grande São Paulo (11) 2188.7900

Demais localidades 0800.7283888

Prezados leitores, nesta edição escolhemos como Assunto Especial o tema “Marco Legal da Primeira Infância”, com artigos de autoria dos ilustres juristas: Leonardo Alves de Oliveira e Elisa Cruz.

Ainda, nas Seções Especiais “Em Poucas Palavras”, artigo intitulado “Marco Legal da Primeira Infância – Conheça os Principais Avanços, Limitações e Desafios da Nova Lei”, e “Acontece”, artigo intitulado “Marco Legal da Primeira Infância Agora É Lei”.

A nova Lei da Primeira Infância, de nº 13.257, de 8 de março de 2016, estabelece políticas de acolhimento para as famílias com crianças menores de seis anos e tem o aumento da licença-paternidade por meio do Programa Empresa-Cidadã para 20 dias como um dos destaques, pois contribui para que os pais cuidem dos recém-nascidos.

Na Parte Geral você encontrará relevantes temas com artigos de autoria de: Wanderlei José dos Reis, Adriane Medianeira Toaldo e Mariani Duarte Massena, Cristiana Sanchez Gomes Ferreira, Claudio Gomes de Oliveira, Hélio Apoliano Cardoso, Maria Gorete Tavares, Rafael Niebuhr Maia de Oliveira e Bruna Melo.

É com prazer que a IOB deseja a você uma ótima leitura!

Eliane Beltramini

Gerente Editorial e de Consultoria



Normas Editoriais para Envio de Artigos 7

Assunto Especial

MARCO LEGAL DA PRIMEIRA INFÂNCIA

DOCTRINAS

1. Marco Legal da Primeira Infância: Primeiras Impressões sobre a Lei nº 13.257/2016
Leonardo Alves de Oliveira 9

2. O Marco Legal da Primeira Infância sob a Ótica da Defensoria Pública
Elisa Cruz 16

EM POUCAS PALAVRAS

1. Marco Legal da Primeira Infância – Conheça os Principais Avanços, Limitações e Desafios da Nova Lei 19

ACONTECE

1. Marco Legal da Primeira Infância Agora É Lei 26

Parte Geral

DOCTRINAS

1. Guarda Compartilhada. Regra ou Exceção?
Wanderlei José dos Reis 29

2. A Preservação do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente na Guarda Compartilhada: Ineficácia de Sua Imposição Obrigatória
Adriane Medianeira Toaldo e Mariani Duarte Massena 35

3. O Pacto Antenupcial no Brasil à Luz do Direito e Economia
Cristiana Sanchez Gomes Ferreira 48

4. Adoção *Intuitu Personae*: a Prevalência do Afeto
Claudio Gomes de Oliveira 68

5. Direito de Família à Luz da Constelação Familiar e do Direito Sistêmico
Hélio Apoliano Cardoso 75

6. Alienação Parental: a Questão Legal e o Vínculo Afetivo
Maria Gorete Tavares 79

7. Responsabilidade Civil em Razão de Danos Causados pelo Abandono Afetivo Parental Rafael Niebuhr Maia de Oliveira e Bruna Melo.....	84
--	----

JURISPRUDÊNCIA

ACÓRDÃO NA ÍNTEGRA

1. Superior Tribunal de Justiça.....	106
2. Superior Tribunal de Justiça.....	122
3. Superior Tribunal de Justiça.....	131
4. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará	152
5. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.....	160
6. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás.....	167
7. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso.....	170
8. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais	176
9. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.....	182
10. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.....	186
11. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.....	207
12. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina	212
13. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo	217

EMENTÁRIO

1. Ementário de Jurisprudência.....	220
-------------------------------------	-----

Clipping Jurídico.....	241
-------------------------------	------------

Índice Alfabético e Remissivo	245
--	------------

Normas Editoriais para Envio de Artigos

1. Os artigos para publicação nas Revistas SÍNTESE deverão ser técnico-científicos e focados em sua área temática.
2. Será dada preferência para artigos inéditos, os quais serão submetidos à apreciação do Conselho Editorial responsável pela Revista, que recomendará ou não as suas publicações.
3. A priorização da publicação dos artigos enviados decorrerá de juízo de oportunidade da Revista, sendo reservado a ela o direito de aceitar ou vetar qualquer trabalho recebido e, também, o de propor eventuais alterações, desde que aprovadas pelo autor.
4. O autor, ao submeter o seu artigo, concorda, desde já, com a sua publicação na Revista para a qual foi enviado ou em outros produtos editoriais da SÍNTESE, desde que com o devido crédito de autoria, fazendo jus o autor a um exemplar da edição da Revista em que o artigo foi publicado, a título de direitos autorais patrimoniais, sem outra remuneração ou contraprestação em dinheiro ou produtos.
5. As opiniões emitidas pelo autor em seu artigo são de sua exclusiva responsabilidade.
6. À Editora reserva-se o direito de publicar os artigos enviados em outros produtos jurídicos da SÍNTESE.
7. À Editora reserva-se o direito de proceder às revisões gramaticais e à adequação dos artigos às normas disciplinadas pela ABNT, caso seja necessário.
8. O artigo deverá conter além de TÍTULO, NOME DO AUTOR e TITULAÇÃO DO AUTOR, um “RESUMO” informativo de até 250 palavras, que apresente concisamente os pontos relevantes do texto, as finalidades, os aspectos abordados e as conclusões.
9. Após o “RESUMO”, deverá constar uma relação de “PALAVRAS-CHAVE” (palavras ou expressões que retratem as ideias centrais do texto), que facilitem a posterior pesquisa ao conteúdo. As palavras-chave são separadas entre si por ponto e vírgula, e finalizadas por ponto.
10. Terão preferência de publicação os artigos acrescidos de “ABSTRACT” e “KEYWORDS”.
11. Todos os artigos deverão ser enviados com “SUMÁRIO” numerado no formato “arábico”. A Editora reserva-se ao direito de inserir SUMÁRIO nos artigos enviados sem este item.
12. Os artigos encaminhados à Revista deverão ser produzidos na versão do aplicativo Word, utilizando-se a fonte Arial, corpo 12, com títulos e subtítulos em caixa alta e alinhados à esquerda, em negrito. Os artigos deverão ter entre 7 e 20 laudas. A primeira lauda deve conter o título do artigo, o nome completo do autor e os respectivos créditos.
13. As citações bibliográficas deverão ser indicadas com a numeração ao final de cada citação, em ordem de notas de rodapé. Essas citações bibliográficas deverão seguir as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).
14. As referências bibliográficas deverão ser apresentadas no final do texto, organizadas em ordem alfabética e alinhadas à esquerda, obedecendo às normas da ABNT.
15. Observadas as regras anteriores, havendo interesse no envio de textos com comentários à jurisprudência, o número de páginas será no máximo de 8 (oito).
16. Os trabalhos devem ser encaminhados preferencialmente para os endereços eletrônicos conselho.editorial@sage.com.br. Juntamente com o artigo, o autor deverá preencher os formulários constantes dos seguintes endereços: www.sintese.com/cadastrodeautores e www.sintese.com/cadastrodeautores/autorizacao.
17. Quaisquer dúvidas a respeito das normas para publicação deverão ser dirimidas pelo e-mail conselho.editorial@sage.com.br.



Marco Legal da Primeira Infância: Primeiras Impressões sobre a Lei nº 13.257/2016

Legal March of Babyhood: First Impressions about the Law nº 13.257/2016

LEONARDO ALVES DE OLIVEIRA

Pós-Graduando em Direito Administrativo e em Direito Constitucional, Servidor Público do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, Assessor de Gabinete da 1ª Vara de Família e Sucessões de Rondonópolis/MT.

RESUMO: O presente artigo científico trata da Lei nº 13.257/2016, buscando analisar os principais dispositivos legais e princípios, além das diretrizes e políticas públicas traçadas e pensadas em benefício das crianças de 0 (zero) aos 6 (seis) anos, idade definida pela lei como primeira infância. Ao final, conclui-se que, com o advento da referida norma, houve significativa mudança positiva em favor dos infantes, e assentam-se as primeiras impressões sobre o novel diploma legal.

PALAVRAS-CHAVE: Primeira infância; Lei nº 13.257/2016.

ABSTRACT: This scientific paper deals with the Law nº 13.257/2016, analyzing the main legal provisions and principles, as well as public politics and guidelines drawn and designed for the benefit of children from 0 (zero) to 6 (six) years, age defined by law as babyhood. At the end, it concludes that the advent of this Law brings a significant positive change in favor of infants, and describes the first impressions of the new statute.

KEYWORDS: Babyhood; Law nº 13.257/2016.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Desenvolvimento e análise do tema; 2.1 Definição legal da primeira infância; 2.2 Diretrizes do Plano Nacional da Primeira Infância; 2.3 Principais alterações legais; 2.3.1 Extensão da licença-paternidade; 2.3.2 Prisão domiciliar para genitor(a) do menor em primeira infância; 3 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Se o cenário pátrio atual não é dos melhores em diversos aspectos, pode-se dizer que o ano de 2016 iniciou com a aprovação de um projeto de lei que traz esperança de uma melhora gradativa para o Brasil com o passar dos anos.

Trata-se da Lei nº 13.257/2016, diploma legal pequeno, mas que dispõe sobre matéria de grande relevância para o futuro do País, reafirmando e fortalecendo o princípio basilar do melhor interesse da criança, já disciplinado desde 1990 com o Estatuto da Criança e do Adolescente.

A lei, que terá grande importância no cenário nacional, dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e faz alterações significativas para o ordenamento jurídico, tendo reflexos principalmente no ECA, no direito do trabalho e no direito processual penal.

Sob esse enfoque, o presente trabalho busca fazer alguns apontamentos a respeito do novel digesto normativo, no afã de extrair as primeiras impressões sobre o marco legal da idade denominada primeira infância e os resultados que advirão da aplicação da lei em apreço no âmbito da família, da sociedade e do Estado.

2 DESENVOLVIMENTO E ANÁLISE DO TEMA

2.1 DEFINIÇÃO LEGAL DA PRIMEIRA INFÂNCIA

Conforme interpretação filológica do art. 2º da referida lei, verifica-se que o período denominado como primeira infância compreende a data do nascimento da criança até os 6 (seis) anos completos, ou seja, de 0 (zero) até 72 (setenta e dois) meses de vida do menor.

Pesquisas demonstram que é no decorrer dessa faixa etária que ocorrem a maior formação das capacidades cognitivas e o desenvolvimento de ligações entre neurônios, de habilidades motoras e adaptativas, de linguagem e de aspectos socioemocionais¹⁻², motivo pelo qual a lei vem para traçar cuidados mais rigorosos com os infantes nesse período.

Há, nesse ínterim, uma verdadeira janela de oportunidade para melhor atender às necessidades das crianças em idade da primeira infância, haja vista que é nessa parte do desenvolvimento que existe a possibilidade de moldar as pilstras que estão em constante formação e que vão sustentar aquele futuro adulto.

Isso posto, o Estado deve estar ciente de que utilizar recursos com a primeira infância, com a criança e o adolescente de um modo geral, não se trata de um gasto, mas sim de investimento, pois, quanto maior o enfoque em políticas públicas, familiares e projetos educacionais, menores são as chances de o menor se tornar um infrator, um indigente e até de contrair alguns tipos de doença, o que reduz sobremaneira o gasto público futuro para cuidar dessas questões.

1 Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pusf/v8n1/v8n1a04.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

2 Disponível em: <<http://www.institutocamargocorrea.org.br/infancia/Paginas/infancia.aspx>>. Acesso em: 11 mar. 2016.

2.2 DIRETRIZES DO PLANO NACIONAL DA PRIMEIRA INFÂNCIA

Historicamente, a faixa etária da primeira infância tendeu a ter privilégios residuais, ínfimos, uma vez que o poder público não voltava seus olhos para as crianças do País, deixando o cuidado com os menores exclusivamente a cargo dos genitores. Por diversos fatores, o Estado tardou em iniciar processos de políticas públicas em favor dos menores com escopo de lhes preparar para vida.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, assim como outros diplomas legais, tutela os menores e traz em seu bojo de artigos diversos princípios e normas genéricas no sentido de nortear políticas públicas em favor dos infantes. A Lei nº 13.257/2016, por seu turno, reafirma o que já era estabelecido e, de certa forma, organiza e direciona as medidas a serem tomadas para privilegiar quem está na idade da primeira infância.

Com o advento do marco legal da primeira infância, é criada a Política Nacional Integrada para a Primeira Infância, que será formulada e implementada mediante abordagem e coordenação intersetorial que articule as diversas políticas setoriais a partir de uma visão abrangente de todos os direitos da criança na primeira infância.

Franqueia-se, por força da nova lei, a possibilidade à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios de instituírem, nos respectivos âmbitos, comitês intersetoriais de políticas públicas para a primeira infância com o fito de assegurar a articulação de medidas voltadas à proteção e à promoção dos direitos da criança, garantida a participação social por meio dos conselhos de direitos.

Conforme disposição legal inserta na Lei nº 13.257/2016, a União deverá buscará a adesão dos demais entes federativos à abordagem multi e intersetorial no atendimento dos direitos da criança na primeira infância e oferecerá assistência técnica na elaboração de planos estaduais, distrital e municipais para a primeira infância que articulem os diferentes setores.

Outrossim, as políticas para a primeira infância deverão ser articuladas com as instituições de formação profissional, visando à adequação dos cursos às características e às necessidades das crianças e à formação de profissionais qualificados, para possibilitar a expansão com qualidade dos diversos serviços. Os profissionais que atuarem nos diversos ambientes de execução das políticas e dos programas destinados à criança na primeira infância deverão ter acesso garantido e prioritário à qualificação, sob a forma de especialização, capacitação e atualização, em programas que contemplem, entre outros temas, a especificidade da primeira infância, a estratégia da intersetorialidade na promoção do desenvolvimento integral e a prevenção e a proteção contra toda forma de violência contra a criança³.

3 Arts. 9º e 10 da Lei nº 13.257/2016.

A lei *in voga* aduz que as políticas públicas com vistas ao atendimento dos direitos da criança na primeira infância serão elaboradas e executadas no sentido de atender ao interesse superior da criança e à sua condição de sujeito de direitos e de cidadã, incluindo a participação da criança na definição das ações que lhe digam respeito, em conformidade com suas características etárias e de desenvolvimento, bem como respeitando a individualidade e os ritmos de desenvolvimento das crianças, valorizando a diversidade da infância brasileira, assim como as diferenças entre as crianças em seus contextos sociais e culturais, entre outras medidas.

Assevera, também, a aludida norma que se constituem áreas prioritárias para as políticas públicas para a primeira infância a saúde, a alimentação e a nutrição, a educação infantil, a convivência familiar e comunitária, a assistência social à família da criança, a cultura, o brincar e o lazer, o espaço e o meio ambiente, assim como a proteção contra toda forma de violência e de pressão consumista, a prevenção de acidentes e a adoção de medidas que evitem a exposição precoce à comunicação mercadológica.

A referida lei deu forma e conteúdo a uma questão sensível no País, a primeira infância. É certo que o futuro de qualquer cidadão depende muito do que ocorre no período da primeira infância, do meio em que vive, das pessoas com quem convive, da atenção recebida da família, da sociedade e do Estado, bem como, de modo geral, de como se desenvolve durante seus 6 (seis) primeiros anos de vida.

Portanto, infere-se que a nova lei específica, de forma mais detalhada, as diretrizes e os programas a serem adotados pelo Estado e pela sociedade no sentido de dar maior guarida aos infantes insertos na primeira idade, sempre buscando aprimorar seu desenvolvimento pessoal, intelectual e sadio.

2.3 PRINCIPAIS ALTERAÇÕES LEGAIS

A Lei nº 13.257, como já era crível, por tratar dos menores com idade entre 0 (zero) e 6 (seis) anos, promove diversas alterações no ECA; ao todo, 19 (dezenove) artigos daquele Estatuto foram afetados, ampliados ou reforçados/melhorados, sobretudo no que atine às questões de educação e saúde dos menores em idade da primeira infância.

Não obstante a maior parcela das modificações ser voltada ao Estatuto da Criança e do Adolescente, a nova norma aborda (e altera) outros pontos importantíssimos que certamente não constituirão apenas a letra fria da lei, mas sim produzirão efeitos práticos na sociedade.

2.3.1 Extensão da licença-paternidade

Um tema de grande relevância e que terá reflexos práticos imediatos é a extensão do período de licença-paternidade.

Pais, empregados de empresas cadastradas no Programa Empresa Cidadã (Lei nº 11.770/2008), que constituem no Brasil aproximadamente dezesseis mil estabelecimentos⁴, poderão gozar de uma licença-paternidade por mais 15 (quinze) dias além dos 5 (cinco) já previstos constitucionalmente, ou seja, um período de licença remunerada de 20 (vinte) dias, o que será também aplicado à adoção ou situação de obtenção de guarda de menor para fins de adoção.

Claramente acertou o legislador ao preconizar o aumento de período de licença-paternidade em favor dos genitores, uma vez que os primeiros dias de vida de um recém-nascido são os mais delicados, em que o infante possui imensa fragilidade. Muitas vezes, a mãe, por falta de prática ou ausência de auxílio, não domina as técnicas de amamentação, higienização e todos os demais e inúmeros cuidados de que necessita um neonato, motivo pelo qual a presença paterna por 20 (vinte) dias neste cenário é deveras valiosa e de grande ajuda.

Ademais, importante frisar que a alteração no regime de licença-paternidade se trata de um direito do pai, mas, ao mesmo tempo, tem como pano de fundo uma garantia à própria criança que acabara de nascer e depende sobremaneira dos cuidados de sua família.

Tendo como norte essa linha de intelecção, o aludido diploma legal altera também a Consolidação das Leis do Trabalho e prevê a possibilidade de o empregado se ausentar das funções sem prejuízo por até 2 (dois) dias para acompanhar consultas médicas e exames complementares durante o período de gravidez de sua esposa ou companheira, bem como por 1 (um) dia por ano para acompanhar filho de até 6 (seis) anos em consulta médica.

2.3.2 Prisão domiciliar para genitor(a) do menor em primeira infância

Por fim, outra relevante mudança implementada pelo marco legal da primeira infância, a qual certamente será alvo de polêmica, é a modificação realizada no Código de Processo Penal, possibilitando ao genitor de menor que cumpra prisão em regime domiciliar.

A autoridade policial deverá, logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, entre outras medidas, colher informações sobre a existência de filhos e fazer constar tais dados no auto de prisão em flagrante, respectivas idades, se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa, sendo que o mesmo procedimento se adota em juízo quando o acusado comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, durante seu interrogatório.

Referidas anotações se fazem de mister para que o juízo, doravante, conforme prevê a Lei nº 13.257/2016, possa verificar os requisitos para substituir

4 Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/governo/2012/02/menos-de-10-das-empresas-concedem-licenca-maternidade-de-6-meses>>. Acesso em: 12 mar. 2016.

a prisão preventiva pela domiciliar. É certo que esta alteração legal acarretará sem dúvida uma série de questionamentos, mas, aos poucos, conforme essa previsão passe a ser aplicada na prática, as respostas conjuntamente virão, de forma gradativa.

A lei mencionada inova, trazendo ao ordenamento jurídico pátrio a possibilidade de proporcionar ao indiciado, se mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos ou homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos, gozar de um regime de segregação mais benéfico, qual seja, o da prisão domiciliar.

Parece-nos óbvio que o legislador ordinário pretende, com a inclusão deste direito ao indiciado, manter a criança em idade de primeira infância (e até os doze anos) em constante convívio com o(a) genitor(a), haja vista a dificuldade de se manter um contato regular quando a pessoa está segregada do convívio social em uma cadeia ou presídio. Não se pode olvidar que, como dito alhures, o legislador caminhou no sentido de privilegiar o menor com até 12 (doze) anos que está sob os cuidados da mãe ou do pai exclusivamente, uma vez que o convívio familiar das crianças é um dos grandes princípios garantidos pelo ECA e pela Lei de Políticas Públicas para Primeira Infância, ora analisada.

Assim, a intenção da lei é, novamente, pensando no desenvolvimento daquele menor, garantir que os laços afetivos e de cuidado entre pais e filhos não se percam pelo distanciamento de uma prisão preventiva (que, em muitos casos, dada a realidade processual/judiciária do País, pode durar muito tempo, até anos).

Nesse sentido, deve o Estado promover os meios necessários a tornar possível esse benefício, quer seja por meio de tornozeleiras de rastreamento, monitoramento pessoal ou qualquer outra forma que possibilite um genitor a ingressar no regime de prisão domiciliar e conviver com seu filho menor de 12 anos.

3 CONCLUSÃO

Em verdade, muito do que o cidadão vai ser ou não no futuro depende do que se passar no período da primeira infância. O legislador, com vistas ao cenário e às gerações futuras, editou o diploma que direciona o País a adotar maiores políticas públicas em favor do menor, privilegiando seu desenvolvimento e sua preparação para vida.

As mudanças legislativas introduzidas no Estatuto da Crianças e do Adolescente, a extensão do período de licença-paternidade e a possibilidade de se conceder prisão domiciliar aos genitores daqueles com até 12 (doze) anos são medidas interessantes e relevantes ao propósito esposado pelo legislador, de se garantir ao máximo uma atenção especial aos menores, futuro do País.

Se o que se busca é uma evolução social, pensando em avanços no Brasil, deve-se investir no desenvolvimento das crianças, sobretudo naquelas em idade compreendida como primeira infância. Uma sociedade melhor é construída com investimento em educação, portanto, deve-se apostar justamente na primeira infância, daí por que o marco legal da primeira infância vem em boa hora.

Contudo, a lei só é efetiva e eficaz quando não é fria, isto é, quando não fica apenas no papel, motivo pelo qual devem os entes federativos unir-se em prol dessas crianças e atender aos mandamentos legais da nova norma que traz diversos meios de priorizar e garantir um bom desenvolvimento às crianças em idade de primeira infância, dando-lhes total prioridade em todos os aspectos, bem como àqueles que lidam diariamente com essas crianças, promovendo as políticas públicas insertas no diploma para trazer concretos benefícios aos menores.

O Marco Legal da Primeira Infância sob a Ótica da Defensoria Pública

ELISA CRUZ

Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro, Mestre e Doutoranda em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

A promulgação da Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016, representa a consolidação da doutrina da proteção integral de crianças e adolescentes, adotada no ordenamento jurídico pátrio, conforme se verifica do art. 227 da Constituição da República e da Convenção de Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil e incorporada por meio do Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990.

Decorrente do Projeto de Lei nº 6.998/2013 (número originário na Casa Legislativa) e do Projeto de Lei da Câmara nº 14/2015, a lei sobre primeira infância tem por objetivo “estabelecer maior sintonia entre a legislação e o significado do período da existência humana que vai do início da gestação até o sexto ano de vida”, pretendendo “responder à relevância dos primeiros anos na formação humana, na constituição do sujeito e na construção das estruturas afetivas, sociais e cognitivas que dão sustentação a toda a vida posterior da pessoa”.

Tomando por base a nova realidade familiar do país e a consolidação da inserção da mulher no mercado de trabalho, a lei visa a definir princípios, diretrizes, direitos, programas, serviços e projetos direcionados a crianças de até 72 meses.

Os artigos iniciais da lei destinam-se essencialmente a indicar sua base ideológica, bem como fixar as regras de partilha das competências administrativa, legislativa e orçamentária entre os entes federativos.

A concretização dos princípios e diretrizes da lei surge a partir de seu art. 18, quando se inserem artigos de alteração da redação de dispositivos, ou inclusão de novos, na Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), na Consolidação das Leis Trabalhistas e no Código de Processo Penal.

Das modificações feitas, destacam-se a inserção em texto legal de políticas de saúde que se encontravam normatizadas no âmbito infralegal pelo Ministério da Saúde e secretarias de Saúde, ou ainda que eram praticadas em alguns equipamentos da saúde independentemente de orientação normativa, como a instrução a gestantes e mães sobre aleitamento materno, alimentação

infantil, crescimento e desenvolvimento etc., além da obrigatoriedade de esclarecimento da mãe sobre a unidade básica de atendimento de saúde e a contrarreferência.

Esses direitos são expressamente assegurados também às mulheres em privação de liberdade.

O art. 19 passa a contar com nova redação que, ao incorporar o conteúdo de Nota Técnica Conjunta do Ministério da Saúde nº 01/2015¹ e excluir a expressão “ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes”, retira a situação de rua ou drogadição como causa impeditiva ao exercício da maternidade ou da paternidade, fortalecendo a sistemática do ECA de que é a capacidade de exercício dos deveres parentais de cuidado o critério a ser analisado para restringir ou impedir o direito à convivência com a família natural.

O art. 23 passa a contar com dois parágrafos, sendo que o segundo impede a decretação da perda do poder familiar apenas por condenação criminal transitada em julgado, salvo na hipótese de condenação por crime doloso, sujeito à pena de reclusão, contra o próprio filho, regra essa que já existia no Código Penal (embora mais extensa nesse diploma legal por incluir também tutelados ou curatelados, conforme se observa do art. 92, II).

A inclusão dos § 5º e 6º assegura a gratuidade dos registros, certidões e da averbação que viabilize o reconhecimento de paternidade ou a inclusão do nome paterno no registro civil da criança, a qualquer tempo, e da nova certidão de nascimento. Cuida-se de medida favorável que retira impedimentos de caráter financeiro para o exercício da paternidade responsável.

Embora a inovação surja com o Marco da Primeira Infância, o posicionamento dessa norma no ECA faz com que essa alteração, e as demais antes citadas, sejam aplicáveis a toda e qualquer criança e adolescente, ampliando sua eficácia.

A modificação provocada na CLT poderia ter sido mais expressiva, se o aumento do prazo de licença-paternidade não estivesse condicionado à adesão do empregador ao Programa Cidadão. Perdeu a lei a oportunidade de se alinhar as doutrinas que já reconhecem os benefícios da convivência entre pais e filhos e a melhoria no desenvolvimento destes a partir do fortalecimento dos vínculos.

A compreensão quanto à importância do convívio entre pais e filhos aparece com mais força, talvez, nas alterações promovidas no Código de Processo Penal.

A fim de evitar prejuízo ao desenvolvimento infantil ou impedir a inexistência de pessoa encarregada da assistência, o que poderia importar em acolhi-

1 Texto disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/33/Documentos/Nota%20t%C3%A9cnica-%20diretrizes%20e%20fluxograma%20mulher%20situa%C3%A7%C3%A3o%20de%20rua.pdf>>. Acesso em: 17 mar. 2016.

mento e despersonalização dos cuidados, a nova redação do art. 318 do Código de Processo Penal autoriza o deferimento de prisão domiciliar à gestante, à mulher com filho de até 12 anos de idade incompletos ou ao homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 anos de idade incompletos.

Essa norma foi aplicada pelo Ministro Rogério Schietti Cruz, do Superior Tribunal de Justiça, um dia após a publicação da lei para decidir o HC 351.494/SP e deferir prisão domiciliar em favor de jovem mãe grávida da segunda gestação, tendo o primeiro filho dois anos de idade².

Segundo o ministro, a “novel legislação, consolidada, no âmbito dos direitos da criança e do adolescente, a intersetorialidade e corresponsabilidade dos entes federados” em favor de crianças e adolescentes, destacando

a posição central, em nosso ordenamento jurídico, da doutrina da proteção integral e do princípio da prioridade absoluta, previstos no art. 227 da Constituição Federal, no ECA e, ainda, na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, ratificada pelo Decreto Presidencial nº 99.710/1990.

Contudo, a norma vai além e, ao determinar que passe a constar do inquérito policial informações sobre gravidez e existência de filhos da pessoa presa, ou, ainda, que esse questionamento ocorra por ocasião do interrogatório, sugere que a existência de prole (ainda que por nascer) deve ser considerada na determinação da pena a ser cumprida em caso de condenação.

Embora a lei não preveja, há de ter utilidade o conhecimento desses dados, e essa informação, utilizando-se da principiologia legal, deve ser direcionada à preservação dos direitos e interesses das crianças e adolescentes.

Entende-se, assim, que a existência de filhos ou de gravidez pode representar a mitigação das normas penais de fixação da pena, estabelecimento de regime prisional ou ainda na consideração de benefícios desencarceradores ou despenalizadores, tudo para cumprir a prioridade constitucional e legal.

Percebemos apenas que a lei olvidou-se do processo de apuração de atos infracionais e que adolescentes também podem ser pais ou mães. Assim, por interpretação analógica, esses mesmos questionamentos devem ser feitos a adolescentes que estejam sendo acusados da prática de ato infracional, e a existência de filhos ou de gravidez deve ser sopesada, inicialmente, pelo Ministério Público para oferecimento de remissão, ou pelo juiz, na delimitação da medida socioeducativa a ser cumprida em caso de procedência da representação.

Em conclusão, a Lei nº 13.257/2016, que institui o Marco Legal da Primeira Infância, constitui mais um avanço na proteção dos direitos de crianças e adolescentes do País ao instituir políticas que, direta ou indiretamente, favorecem o seu crescimento e desenvolvimento saudável e uma maior participação dos pais na assistência material e afetiva de seus filhos.

2 Íntegra da decisão disponível em: <http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Noticias/Sala%20de%20Not%C3%ADcias/Not%C3%ADcias/HC351494.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2016.

Marco Legal da Primeira Infância — Conheça os Principais Avanços, Limitações e Desafios da Nova Lei

Vigente no Brasil desde março, a Lei Federal nº 13.257, que institui o Marco Legal da Primeira Infância, estabelece e consolida uma série de direitos das crianças de zero a seis anos completos. A existência de políticas públicas voltadas exclusivamente a essa faixa etária reveste-se de grande importância por ser esse o período da vida em que o ser humano apresenta as condições ideais para o desenvolvimento de inúmeras habilidades, com reflexos também na vida adulta.

Tal constatação encontra amparo em estudos científicos. Segundo pesquisas, é, por exemplo, entre os 18 meses e os seis anos que o ser humano tem o seu período mais propício para assimilar os conhecimentos relacionados aos símbolos. Da mesma forma, é entre os nove meses e oito anos que a pessoa desenvolve mais a linguagem e entre os quatro e oito anos que mais evolui nas habilidades sociais.

Considerando ser a primeira infância uma fase única da vida, a lei procurou resguardar vários direitos das crianças de zero a seis anos. Entre os avanços trazidos, a promotora de Justiça Luciana Linero, que atua no Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça da Criança e do Adolescente e da Educação, destaca o fato de a legislação colocar, de forma expressa, a criança como sujeito de direitos, e de reforçar, de modo claro, a necessidade do desenvolvimento de ações e políticas públicas voltadas para essa fase específica do desenvolvimento.

Neste sentido, assegura direitos desde a gestação, através do atendimento especializado da gestante, da garantia de atendimento pré, peri e pós-natal, inclusive com foco na nutrição adequada, garantia de atendimento de saúde bucal e treinamento para o exercício da maternidade responsável.

Para a promotora, o Marco Legal evidencia também o conceito da criança como sujeito de direitos ao normatizar sua oitiva e participação na definição de práticas e ações voltadas para o seu atendimento, mediante a escuta por profissionais qualificados e através de processos adequados às diferentes formas de expressão infantil.

Além disso, a promotora de Justiça comenta que, ao assegurar a possibilidade de extensão das licenças-maternidade e paternidade, o Marco Legal ressalta a importância da presença materna e paterna no desenvolvimento do

recém-nascido. “Possibilita, portanto, que a figura do pai participe de forma mais presente, auxiliando nos primeiros vinte dias de vida do neonato e na readequação da estrutura familiar com a vinda do novo filho”.

Luciana salienta ainda a forte referência na legislação à necessidade de desenvolvimento de ações e programas de efetivo auxílio e promoção familiares, evidenciando a opção legislativa pela manutenção dos vínculos familiares biológicos. Destaca também atenção à educação, saúde, lazer, cultura, ao direito de brincar e de frequentar espaços culturais, propiciando também o reconhecimento da criança como agente produtor de cultura. Por fim, ela ressalta que a lei reforça a orientação de que a criança deve ser educada sem a utilização de castigos físicos e que tais meios não são aceitos como pedagógicos. Ao mesmo tempo, a lei assegura a proteção contra a pressão consumista e o apelo mercadológico precoce.

LIMITAÇÕES E DESAFIOS

Apesar de a nova legislação ter trazido avanços importantes na proteção aos direitos das crianças de zero a seis anos, poderia ter evoluído mais em algumas áreas, principalmente no campo educacional. Neste sentido, a principal crítica que se faz é com relação à falta de previsão de um prazo para a universalização da oferta de vagas em creches, para crianças de zero a três anos. Luciana Linero diz que essa questão tem impacto em praticamente todos os municípios brasileiros, onde “a carência de vagas prejudica as famílias, que delas necessitam para a sua organização, e as crianças, que não têm acesso a estímulos importantes para seu pleno desenvolvimento”.

EDUCAÇÃO INFANTIL

A promotora de Justiça Hirmínia Dorigan de Matos Diniz, que atua na área da Educação do Centro de Apoio, acrescenta que, ao não ressaltar o atendimento imediato com vagas em creches para todas as crianças de zero a três anos, o Marco Legal reproduz um erro contido no Plano Nacional de Educação (Lei nº 13.005/2014), visto que tal direito é expressamente previsto na Constituição Federal, estando ambos, portanto, maculados de inconstitucionalidade.

As duas promotoras de Justiça destacam também a ausência de fontes de financiamento específicas para custear as políticas públicas instituídas e/ou ratificadas pela lei como o grande desafio para sua implementação. “Sem essa previsão, a concretização dos propósitos almejados pelo Marco Legal fica comprometida”, comenta Hirmínia.

Confira, abaixo, uma entrevista completa com a promotora Hirmínia Dorigan de Matos Diniz, ressaltando a relação da nova lei e a educação e, na sequência, um box que resume os principais direitos assegurados pelo Marco Legal.

Na área da educação, quais são os principais direitos assegurados pelo Marco Legal?

A Lei nº 13.257/2016 assegura, dentre várias ações, educação às crianças de zero a seis anos, reafirmando, portanto, o direito já garantido pela Constituição Federal. Na área educacional, a lei reforça a educação infantil como política pública prioritária (art. 5º), inclui a participação da criança na definição das ações que lhe digam respeito e no aprimoramento da garantia da oferta dos serviços (art. 4º), disciplina a expansão da educação para as crianças de zero a três anos, estipula que as instalações educacionais obedçam aos padrões de infraestrutura estabelecidos pelo Ministério da Educação, com profissionais qualificados (art. 62) e com currículo e materiais pedagógicos adequados e, também, que o Poder Público organize e estimule a criação de espaços lúdicos em locais onde há circulação de crianças (arts. 16 e 17).

O Marco Legal também reforça o papel da criança como cidadã, e não mera expectadora de direitos, e fortalece a responsabilização conjunta da família, da sociedade e do Estado pelos cuidados à infância e a garantia, com prioridade, dos direitos infantis. Isso porque é sabido que o “preparo para o exercício da cidadania” é um dos três pilares dos objetivos contemplados pela Carta da República à Educação. Também, que a cidadania é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, fixados já no art. 1º da Constituição Federal. Ao sistema educacional, portanto, incumbe essa complexa tarefa de formar cidadãos, ou seja, pessoas efetivamente autônomas, independentes, socialmente atuantes, verdadeiramente emancipadas. Por isso, a necessária interação das políticas públicas, como a saúde, a educação, a assistência, a cultura, dentre tantas outras, diante da dimensão do objetivo que se propõe – tornar a criança autora e sujeito de seu próprio destino.

Especificamente no contexto educacional, na sua opinião, a lei apresenta falhas?

Sim, sobretudo no que se refere à falta de um enfrentamento mais objetivo quanto à precariedade da oferta de vagas em creches, para crianças de zero a três anos. Vale ressaltar que esse é um problema que atinge uma camada bastante expressiva da população, especialmente vulnerável social e economicamente. De acordo com os dados, relativos a 2015, do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep), e de 2012, do Departamento de Informática do SUS (Datasus), no Brasil, 9.309.109 crianças em idade da primeira etapa da educação infantil (creche) encontram-se fora da escola, e, no Paraná, 447.562 crianças não possuem esse atendimento educacional essencial. Em que pese a educação infantil de crianças de zero a três anos não ser considerada de frequência obrigatória, tendo, porém, a família o direito, se assim o quiser, de matricular seus filhos em uma instituição de qualidade, o déficit na creche, no Brasil (82% do total de 11.234.753) e no Paraná (77% do total estimado de 580.884), provavelmente, é um indicativo próximo da reali-

dade, uma vez que o caráter assistencial, inegavelmente, está associado a este atendimento.

Quem mais sofre com essa limitação?

A maior parte das crianças nessa faixa etária que se encontram fora das unidades de atendimento à educação infantil pertence, notadamente, à parcela mais pobre e vulnerável da população. A garantia da política pública da educação infantil representa, portanto, não somente estímulo neurológico adequado à etapa do desenvolvimento correspondente, mas, sobretudo, pela sua urgência, representa a garantia dos cuidados básicos inerentes à primeira fase da infância.

A senhora citou apenas a creche para as crianças de zero a três anos. E o que a lei fala sobre a educação infantil para crianças de quatro e cinco anos?

A nova legislação não se ocupa das vagas para a segunda etapa da educação infantil – pré-escola –, ou seja, para as crianças de quatro e cinco anos, certamente em razão da disposição constitucional já haver assegurado, por meio da Emenda Constitucional nº 59/2009, que a universalização dessa oferta já se integralizasse neste ano de 2016. Ocorre que, entretanto, a situação ainda não resta concretizada na grande maioria dos municípios do Brasil e, no Paraná, certamente, não é diferente. O comando constitucional encontra-se violado, também para esta parcela da infância. Sobre esse tema, o MP-PR tem projeto estratégico específico, exigindo dos municípios o cumprimento dessa determinação constitucional (saiba mais).

A lei também normatiza qual deve ser a qualificação dos professores que trabalham com a primeira infância?

Em relação à qualificação dos profissionais da educação infantil, registra-se que, em que pese seja válida e necessária a preocupação com a formação dos professores, trazida pelo Marco Legal, a Lei nº 12.796/2013 revogou o § 4º do art. 87 da Lei nº 9.394/1996 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) –, que, ao instituir, em seu *caput*, o que denominou de “Década da Educação”, determinava, até o final desse prazo, que só seriam admitidos professores habilitados em nível superior ou formados por treinamento em serviço, permanecendo, portanto, a formação mínima em nível médio na modalidade normal, conforme estabelece o art. 62 da lei educacional nacional. Assim, para atuar na educação infantil e nos cinco primeiros anos do ensino fundamental, a legislação federal educacional não estabelece a obrigatoriedade da formação superior, o que acaba por gerar a contratação de profissionais do magistério. Vale dizer, ao fazer referência a profissionais qualificados, aduzindo “[...] conforme dispõe a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996”, está apenas aderindo, na verdade, à qualificação mínima estabelecida, para atendimento da etapa de desenvolvimento mais importante do ser humano.

Como o Marco Legal trata a questão da inclusão da criança com deficiência?

Também, nos moldes do art. 21, ao alterar o art. 11 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), especialmente a redação conferida ao § 1º, referente ao atendimento de saúde da criança com deficiência, o Marco Legal poderia ter procedido com relação à educação infantil, contemplando, expressamente, o direito ao atendimento, sem discriminação ou segregação, em suas necessidades gerais pedagógicas e específicas, tendo em vista que aquelas – tanto a discriminação, quanto a segregação – ainda são comuns na educação. Poderia a lei ter representado uma quebra de paradigma, incorporando os ditames da Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 – Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), em conformidade com a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, ratificados pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, e promulgados pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, com força, portanto, de emenda constitucional.

E o que a lei estipula com relação à gestão democrática do ensino público?

Neste ponto, o Marco Legal deixou passar, também, grande oportunidade, ao não vincular o inciso II do art. 4º – que trata da inclusão da participação da criança na definição das ações que lhe digam respeito – à previsão da Meta 19 do Plano Nacional de Educação – que trata da gestão democrática do ensino público. Se é na escola que a criança será “preparada para o exercício da cidadania”, e o Marco Legal pretende ver implantada essa participação, seria de todo recomendável que garantisse expressamente o aprendizado simultaneamente à própria participação, já no ambiente escolar. Seria de extrema relevância, uma vez que o próprio Plano Nacional de Educação, à exceção das Estratégias 19.4 – que trata, ao lado das associações de pais, dos grêmios estudantis, e Estratégia 19.6 – que trata da estimulação à participação e à consulta aos alunos (ao lado da consulta aos profissionais da educação e familiares), na formulação dos projetos político-pedagógicos, currículos escolares, planos de gestão escolar e regimentos escolares, nada elencou, especificamente, em relação às crianças na faixa da primeira infância, na gestão democrática do ensino público. Por certo que ela não se exclui, mas a correlação expressa, se houvesse, a fortaleceria.

Na sua opinião, quais são os maiores desafios para implementar a lei?

O desafio que se estabelece para a implementação da aludida legislação continua sendo a priorização do investimento dos recursos orçamentários na área da educação. Transformar essa determinação em priorização efetiva e concreta parece ainda ser um grande tabu no cenário político-jurídico nacional. Os gestores, apesar de todo o comando constitucional vigente desde 1988, ainda não assimilaram que a criança é prioridade absoluta e que isso significa absoluta prioridade na destinação dos recursos públicos. O Poder Judiciário, lado outro, não raras vezes, quando instado, ainda elege como fundamento de suas

decisões princípios já ultrapassados – como o da separação dos poderes e reserva do possível, que, contextualizadamente, há muito, não mais se aplicam às políticas públicas garantidoras de direitos fundamentais. Isso, mesmo diante da solidez de precedentes da Corte Suprema. Sem planejamento e financiamento adequado e suficiente, a determinação constitucional, a cada violação, perde a sua luz, na mesma proporção em que essa violação faz morrer o futuro de cada criança desassistida – pelo Poder Público, pela sociedade e pela família.

PRINCIPAIS CONQUISTAS DA NOVA LEI

Ampliação da licença-paternidade para 20 dias aos trabalhadores das chamadas “Empresas Cidadãs”. Da mesma forma, assegura às mães que forem funcionárias de empresas que aderirem ao programa licença-maternidade ampliada em 60 dias, totalizando seis meses.

Destaque para a importância do brincar para garantir o crescimento saudável da criança, ao estabelecer que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão organizar e estimular a criação de espaços lúdicos que propiciem o bem-estar, o brincar e o exercício da criatividade em locais públicos e privados onde haja circulação de crianças, bem como a fruição de ambientes livres e seguros em suas comunidades.

Aumento gradativo da oferta de educação infantil para crianças de zero a três anos, sendo que esse processo deverá ser realizado de maneira a assegurar a qualidade das vagas, com instalações e equipamentos que obedeçam a padrões de infraestrutura estabelecidos pelo Ministério da Educação, bem como currículos adequados à faixa etária e com profissionais qualificados.

Definição de que as responsabilidades relativas à primeira infância devem ser compartilhadas entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, de modo a garantir que o atendimento dos direitos da criança nesta faixa etária seja objetivo comum de todos os entes da federação, segundo as respectivas competências constitucionais e legais, em regime de colaboração. Além disso, prevê a participação da sociedade, solidariamente com a família e o Estado, na proteção e na promoção da criança.

Nas áreas da saúde e da educação, a lei prevê que a prestação de serviços deve ser feita por profissionais capacitados, sendo que aqueles que atuam na execução das políticas e programas destinados à criança terão acesso garantido à qualificação (especialização e atualização). Tais programas devem contemplar, entre outros temas: especificidade da primeira infância, estratégia da intersectorialidade na promoção do desenvolvimento integral e prevenção e proteção contra toda forma de violência contra a criança.

Da mesma forma, estipula que as políticas para a primeira infância deverão ser articuladas com as instituições de formação profissional, visando à adequação dos cursos às características e necessidades das crianças e à formação

de profissionais qualificados, para possibilitar a expansão com qualidade dos diversos serviços.

Às gestantes e famílias com crianças na primeira infância, oferta de orientação e formação sobre maternidade e paternidade responsáveis, aleitamento materno, alimentação complementar saudável, crescimento e desenvolvimento infantil integral, prevenção de acidentes e educação sem uso de castigos físicos.

Acesso a todas as mulheres aos programas e às políticas de saúde da mulher e de planejamento reprodutivo e, às gestantes, nutrição adequada, atenção humanizada à gravidez, ao parto e ao puerpério e atendimento pré-natal, perinatal e pós-natal integral no âmbito do Sistema Único de Saúde. Neste contexto, a atenção primária à saúde fará a busca ativa da gestante que não iniciou ou que abandonou as consultas de pré-natal, bem como da puérpera que não comparecer às consultas pós-parto.

Apoio da União à implementação de serviços de acolhimento em família acolhedora como política pública, os quais deverão dispor de equipe que organize o acolhimento temporário de crianças e de adolescentes em residências de famílias selecionadas, capacitadas e acompanhadas que não estejam no cadastro de adoção.

Fonte: Ministério Público do Paraná.

Marco Legal da Primeira Infância Agora É Lei

Emblematicamente, no dia Internacional da Mulher, 8 de março, o Marco Legal da Primeira Infância (PLC 14/2015) foi sancionado pela Presidenta Dilma Rousseff. Importante conquista da infância brasileira, o texto determina um conjunto de ações para os primeiros anos de vida.

Uma das mais avançadas leis do mundo em Políticas Públicas para a Primeira Infância, a nova lei de nº 13.257, de 8 de março de 2016, estabelece políticas de acolhimento para as famílias com crianças menores de seis anos e tem o aumento da licença-paternidade por meio do Programa Empresa Cidadã para 20 dias como um dos destaques, pois contribui para que os pais cuidem dos recém-nascidos.

Após o envio de carta da Rede Nacional Primeira Infância pedindo a sanção da proposta de lei, a presidenta atendeu à demanda. A chamada “Lei da Primeira Infância” foi publicada no Diário Oficial da União (DOU) e pode ser acessada no *site* do governo federal.

DESTAQUES NO MARCO LEGAL

O Marco Legal estabelece complementos ao Estatuto da Criança e do Adolescente, à CLT, ao Código de Processo Penal e à lei que institui a Empresa Cidadã.

NO ECA

Inserir um parágrafo que enuncia a corresponsabilidade de pais e mães no cuidado e educação dos filhos.

Prevê que a União apoie a implementação de serviços de acolhimento em família acolhedora como política pública e prevê atenção especial à atuação de educadores de referência nos serviços de acolhimento institucional de crianças até três anos.

Garante o direito de pelo menos um dos pais permanecer em tempo integral como acompanhantes em UTIs neonatais.

Assegura às gestantes em situação de privação de liberdade ambientes adequados às normas sanitárias e assistenciais do SUS para o acolhimento do filho, e garante a elas a alta hospitalar responsável, contrarreferência na Aten-

ção Básica, e acesso a serviços e grupo de apoio à amamentação, os mesmos direitos das demais gestantes.

Inclui o direito da gestante receber orientações sobre aleitamento materno, alimentação complementar saudável, crescimento e desenvolvimento infantil.

NA CLT

Prevê que o empregado deixe de comparecer ao serviço, sem prejuízo do salário, até dois dias para acompanhar consultas médicas e demais exames durante o período de gravidez da sua esposa ou companheira, e de um dia por ano, para acompanhar o filho de até seis anos em consulta médica.

NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Prevê a possibilidade de o juiz substituir a prisão preventiva pela prisão domiciliar no caso de gestantes, mulheres com filhos de até 12 anos incompletos, homens responsáveis pelos cuidados do filho de até 12 anos incompletos.

Prevê que as autoridades policiais colham informações sobre a existência de filhos dos indiciados, e que a informação conste no auto de prisão em flagrante.

LEI Nº 11.770, LEI DA “EMPRESA CIDADÃ”

Institui licença-paternidade de 20 dias para funcionários de empresas vinculadas ao programa “Empresa Cidadã”, inclusive para o caso de empregado que adotar uma criança.

PIM E O MARCO LEGAL

O PIM é importante referência para o Marco Legal da Primeira Infância. A metodologia de Atendimento Domiciliar do Programa Primeira Infância Melhor (PIM) foi apresentada como modelo de bons resultados pela Frente Parlamentar da Primeira Infância, que não só destacou a experiência do PIM no Rio Grande do Sul, como também reconheceu a Política Pública estadual como um exemplo que embasa o Marco Legal para a Primeira Infância.

No *site* da Frente Parlamentar da Primeira Infância, é exibido o vídeo de atendimento feito pela Visitadora Lúcia, do PIM de Esteio, à adolescente Vitória com sua bebê de um mês, fornecendo-lhe informações sobre os cuidados com a bebê e falando da importância das visitas periódicas para aquele ambiente familiar. A exibição vem para ilustrar as experiências vividas pelas famílias em situações de risco e vulnerabilidade social que precisam desse tipo de suporte.

De acordo com o *site*, “o atendimento domiciliar ilustra a oferta de atenção no ambiente doméstico da família como forma de promover informações e suporte emocional para melhoria de seu próprio bem-estar e capacitação para desempenhar o cuidado com seu filho”.

No Marco Legal da Primeira Infância, a visita domiciliar deve ser um trabalho desenvolvido por vários setores sociais integrados e articulados em prol do desenvolvimento saudável das crianças. Nesse aspecto, o PIM é destacado como experiência exitosa e citado junto a outros exemplos de programas existentes no País.

(Conteúdo extraído do *site* <<http://www.pim.saude.rs.gov.br/v2/marco-legal-da-primeira-infancia-agora-e-lei/>>)

Guarda Compartilhada. Regra ou Exceção?

WANDERLEI JOSÉ DOS REIS

Juiz Titular da 1ª Vara Especializada de Família e Sucessões e da 46ª Zona Eleitoral em Rondonópolis/MT, Juiz de Direito em Mato Grosso (1º colocado no concurso), Ex-Delegado de Polícia (1º colocado no concurso), Mestre em Direito Constitucional, Doutor e Pós-Doutor em Direito, MBA em Poder Judiciário pela FGV Rio, Professor, Doutrinador, Graduado em Ciências e Matemática (com ênfase em Informática), Especialista em Educação, em Direito Constitucional (dois cursos), em Direito Internacional, em Direito Público Avançado, em Direito Processual Civil Avançado e em Direito Tributário e Processo Tributário, Especializando em Direito Eleitoral, Direito Administrativo e Direito Penal e Processual Penal, Membro Vitalício da Academia Mato-Grossense de Letras (AML) e da Academia Mato-Grossense de Magistrados (AMA). Escritor, Palestrante, Conferencista. Autor de inúmeras obras e artigos jurídicos publicados em revistas especializadas.

RESUMO: A recente alteração legislativa pertinente à guarda compartilhada representa um avanço no campo do direito de família, pois visa ao bem-estar dos filhos e deve ter preferência sobre as demais modalidades de guarda, porque tem como função precípua preservar os laços afetivos entre pais e filhos, visando ao desenvolvimento psicoemocional da criança e do adolescente. Porém, é necessário ressaltar que o instituto da guarda judicial compartilhada não deve ser aplicado de forma indiscriminada ou imposta, devendo o magistrado da Vara de Família, com base em estudos realizados por equipe multidisciplinar (psicólogos e assistentes sociais) e nas peculiaridades do caso concreto, constatadas em audiência de instrução e julgamento, decidir, com muita cautela e sensibilidade, qual das modalidades de guarda atende ao melhor interesse do menor.

PALAVRAS-CHAVE: Guarda; melhor interesse do menor; cautela do magistrado.

KEYWORDS: Guard; best interests of the minor; caution magistrate.

SUMÁRIO: I – Considerações iniciais; II – Análise do tema; III – Considerações finais; Referências.

I – CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Sabido que, diante de algum revés do cotidiano, é normal que o ser humano necessite de um tempo para assimilar os fatos que sobrevieram, para que, a partir de então, possa se adaptar às novas circunstâncias que lhe são postas – alteradas as circunstâncias no teatro de operações, a tática deve ser mudada.

Com efeito, não é diferente quando há a ruptura de um matrimônio ou união estável. Ambos os cônjuges, ante a falência da unidade familiar, saem do relacionamento, normalmente, com o ego ferido, além de guardarem mágoas e ressentimentos um do outro, e, muitas vezes, por falta de maturidade, não sabem lidar com as consequências deste acontecimento, haja vista que, em princípio, ninguém se casa pensando em um dia se divorciar.

Por conta dessa rescisão da entidade familiar, com a dissolução da sociedade ou vínculo conjugal, o marido se transforma em ex-marido e a mulher, em

ex-mulher. No entanto, os filhos continuam sendo eternamente filhos, ou seja, a relação parental se mantém hígida, extinguindo-se tão somente a relação conjugal. Assim, mesmo com a ruína do casamento ou da união estável, os direitos e obrigações inerentes ao poder familiar devem ser estritamente observados pelos pais, no intuito de preservar os interesses da prole e amainar os traumas causados pelo rompimento da estrutura familiar.

Ao ocorrer, destarte, a quebra do convívio dos pais, a entidade familiar resta comprometida, haja vista que eles deixam de tomar decisões de forma conjunta, o que acaba provocando a redistribuição dos papéis e atribuições dos genitores.

Nesse contexto é que a guarda compartilhada dos filhos entre o pai e a mãe ganha relevância, ou seja, tem-se um acordo de vontade entre os pais segundo o qual os filhos do casal ficarão temporadas iguais na casa de um e outro, já que, sem dúvida, lugar de filho é com o pai e a mãe.

II – ANÁLISE DO TEMA

Atualmente, a guarda de filhos menores ou incapazes pode ser unilateral – atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua – ou compartilhada, quando há responsabilização conjunta dos pais.

Ocorre que, em cerca de 90% dos processos de divórcio, separação judicial ou união estável que tramitam nas Varas de Família pelo Brasil a fora e, principalmente, em casos em que não há acordo entre as partes, a guarda unilateral é concedida à mãe, pois ela teria, em tese, melhores condições para criar os filhos. Tal pensamento arcaico deriva do patriarcalismo, no qual imperava a divisão de tarefas entre os cônjuges: ao homem cabia a função de mantenedor do lar, enquanto à mulher tocava a incumbência de cuidar da casa e dos filhos.

Neste prisma, além de ter que suportar o distanciamento dos filhos, o papel do homem ou da mulher que não detém a guarda dos filhos foi reduzido a um mero pagador de pensão alimentícia, podendo visitar a sua prole somente nos dias e horários fixados pelo juiz, mormente em finais de semana alternados.

Conforme a lição de Maria Berenice Dias, com a qual nos coadunamos, com o rompimento da convivência dos pais, há uma fragmentação de um dos componentes da autoridade parental. Ambos continuam detentores do poder familiar, mas, em regra, o filho fica sob a guarda de um, e ao outro é assegurado o direito de visitas. Quanto mais conflituoso o relacionamento entre os genitores, mais minuciosamente é regulamentado o direito de visitas, estabelecendo-se dias e horários de forma bastante rígida¹.

1 *Manual de direito das famílias*. 9. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 452.

Ocorre que, em muitos casos, nota-se que aquele pai ou mãe que detém a guarda da criança ou adolescente se aproveita desta condição para praticar atos de vingança contra o outro, por alguma desavença ou mágoa do relacionamento conjugal, usando, para tanto, o próprio filho para satisfazer a sua sanha vingativa, em detrimento do melhor interesse dos filhos, atitude esta tipificada como alienação parental, conforme estabelece o art. 2º, incisos I a VII, da Lei nº 12.318/2010.

Considerando que a convivência ininterrupta de uma criança ou de um adolescente com seu pai e sua mãe é salutar para a construção de uma personalidade saudável, o legislador infraconstitucional já havia editado a Lei nº 11.698/2008, que alterou os arts. 1.583 e 1.584, ambos do Código Civil, para trazer ao âmbito jurídico o instituto da guarda compartilhada, distinguindo-a da guarda unilateral.

Segundo a redação do § 1º do art. 1.583 do Código Civil, a guarda compartilhada pode ser compreendida como a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. Logo, depreende-se que não há exclusividade para o pai ou para a mãe nesta modalidade de guarda, pois ambos devem convergir esforços em prol do bem-estar da criança ou do adolescente.

Neste aspecto, cabe esclarecer que a guarda alternada não se confunde com a guarda compartilhada, tendo em vista que, na primeira, há um revezamento de períodos exclusivos de guarda, enquanto que na segunda os pais, em igualdade de condições, exercem o poder familiar, ainda que a custódia física do filho esteja apenas com um deles. Assim, na guarda compartilhada – que tem como premissas básicas que tanto a mãe quanto o pai queiram ficar com os menores e que ambos tenham condições de cuidar das crianças –, observa-se uma constituição de famílias multinucleares, nas quais os filhos desfrutam de dois lares, em harmonia, estimulando a manutenção de vínculos afetivos e o compartilhamento de responsabilidades, primordiais à saúde biopsíquica dos menores.

Por sua vez, os incisos I e II do art. 1.584 da Lei Adjetiva Civil, incluídos pela Lei nº 11.698/2008, estabelecem que a guarda, quer seja unilateral ou compartilhada, pode ser requerida de comum acordo pelos pais ou decretada pelo juiz, em atenção às necessidades específicas do filho ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

Nesse diapasão, é importante registrar que o Senado Federal aprovou, em 26 de novembro de 2014, o Projeto de Lei da Câmara nº 117/2003, de autoria do Deputado Federal Arnaldo Faria de Sá, para alterar os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil, estabelecer o significado de guarda compartilhada e dispor sobre a sua aplicação de um modo mais amplo, sob o argumento de

que as disposições normativas sobre a matéria eram deveras superficiais, o que culminou com a promulgação da Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014.

Assim, o § 2º do art. 1.584 do Código Civil, com redação dada pela Lei nº 13.058/2014, passou a estabelecer que, quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor. Nesta senda, infere-se que o legislador não utilizou a expressão “poderá ser aplicada”, e sim “será aplicada”, o que permite concluir que a lei deu primazia à guarda compartilhada, haja vista ser esta a que melhor atende aos interesses da criança ou do adolescente, mesmo quando houver dissenso entre os genitores.

Nesse sentido, ainda, o § 3º do art. 1.584 do Código Civil, também com redação dada pela Lei nº 13.058/2014, prescreve que, para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo entre o pai e a mãe.

No entanto, para a doutrina, quando não houver a possibilidade de acordo, dificilmente poderá o magistrado “impor” que a guarda seja exercida de forma compartilhada, haja vista que a ausência de harmonia do casal, *de per se*, colocaria em xeque a integridade dos filhos. Por isso, somente quando se vislumbrar “maturidade e respeito no tratamento recíproco dispensado pelos pais poderá, então, mediante acompanhamento psicológico, impor a medida”².

Já o Superior Tribunal de Justiça, conhecido como “Tribunal da Cidadania”, manifestou-se no sentido de que é questionável a assertiva de que a litigiosidade entre os pais obstaria a fixação da guarda compartilhada, porquanto que, se assim o for, estaria se olvidando de toda a estruturação teórica, prática e legal que aponta para a adoção da guarda compartilhada como regra.

Ao proferir o seu voto no julgamento do Recurso Especial nº 1.251.000/MG (DJe 31.08.2011), a Ministra Nancy Andrighi, Relatora do feito, pontuou que a guarda compartilhada, apesar de não representar uma alteração legislativa substancial, haja vista que a interpretação sistemática dos dispositivos legais atinentes à guarda dos filhos já permitiria a sua aplicação, teve a felicidade de, além de instituir o poder familiar de forma corresponsável como regra, abolir o vazo cultural que ainda norteava a criação dos filhos no pós-separação.

Mais adiante, concluiu a ministra que

a guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do poder familiar entre pais separados, mesmo que demande deles reestruturações, concessões e

2 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, v. 6, 2012. p. 610.

adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial.³

Sem dúvida, mister se faz buscar o ideal psicológico de duplo referencial para os filhos de pais separados, porém, a prática forense nos mostra que, em matéria de família, cada caso é um caso e que jamais se pode cogitar uma espécie de “piloto automático” para os processos. Assim, a nosso sentir, a guarda compartilhada não deve ser concedida quando, no caso concreto, há uma grande e evidente animosidade entre os pais e o rompimento da relação já é fruto de todo esse desgaste conjugal, no período pós-separação, ocasião em que as rugas e os sentimentos pessoais acabam falando mais alto, inviabilizando o bom convívio, o compartilhamento da guarda e o conviver do filho em harmonia em ambos os lares – apesar de todo o esforço e boa vontade do juiz –, pois daí, ao invés de o menor ter dois guardiões, acabaria, na prática, correndo o risco de ter nenhum, dado o grau de desentendimento e conflituosidade entre os pais, e a medida pode não surtir o efeito desejado, porque o infante não teria efetivamente a figura forte e necessária de um guardião, aquele que lhe representa e lhe provê a saúde, a educação, o amparo psicológico, intelectual, emocional, etc.

Óbvio que é impossível regulamentar por decisão judicial todas as situações que envolvam a vida de uma criança ou adolescente em uma demanda judicial. Disto decorre a necessidade de o magistrado presidente do processo verificar as circunstâncias do caso concreto e, em função delas, conhecendo a relevância da questão, decidir com muita sensibilidade acerca da guarda, a fim de não fomentar ainda mais animosidade no seio familiar, em detrimento dos filhos que continuariam a presenciar, quase que diariamente, o repise das celemas que geraram a separação dos pais, em evidente prejuízo à sua formação psicológica.

III – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há como fechar os olhos para o avanço da sociedade. O Direito, por ser uma ciência dinâmica, não pode ficar alheio a este movimento, pois a sua função precípua é regular as condutas sociais com o objetivo de preservar a ordem jurídica e trazer a pacificação social, estando sempre na esteira do fato social – um passo à sua retaguarda.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 66/2010, que deu nova redação ao art. 226 da Constituição Federal, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de um ano ou de comprovada separação de fato por mais de dois anos para a dissolução do casamento civil, houve um aumento no número de divórcios registrados. Neste cenário, os filhos são os mais prejudi-

3 No mesmo sentido: REsp 1.428.596/RS, 3ª T., Relª Min. Nancy Andrighi, DJe 25.06.2014.

cados, pois, além de suportar o distanciamento dos pais, sofrem com a batalha judicial travada pelos genitores a respeito de quem ficará com a sua guarda, pois pode haver ex-marido, ex-companheiro, ex-esposa ou ex-companheira, mas não existe e nunca haverá a figura do ex-filho ou da ex-filha; filho é, e sempre será, filho.

Portanto, é de se concluir que a recente alteração legislativa pertinente à guarda compartilhada representa um avanço no campo do direito de família – pois visa ao bem-estar dos filhos – e deve ter preferência sobre as demais modalidades de guarda, porque tem como função precípua preservar os laços afetivos entre pais e filhos, visando ao desenvolvimento psicoemocional da criança e do adolescente, e, sobretudo, conferir maior densidade aos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, estatuídos nos arts. 1º, inciso III, e 226, § 7º, da Carta Republicana, respectivamente.

Porém, é necessário ressaltar que, a nosso ver, o instituto da guarda judicial compartilhada não deve ser aplicado de forma indiscriminada ou imposta, devendo o magistrado da Vara de Família, com base em estudos realizados por equipe multidisciplinar (psicólogos e assistentes sociais) e nas peculiaridades do caso concreto, constatadas em audiência de instrução e julgamento, decidir, com muita cautela e sensibilidade, qual das modalidades de guarda atende ao melhor interesse do menor.

REFERÊNCIAS

- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9. ed. São Paulo: RT, 2013.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, v. 6, 2012.

A Preservação do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente na Guarda Compartilhada: Ineficácia de Sua Imposição Obrigatória

ADRIANE MEDIANEIRA TOALDO

Doutoranda e Mestre em Direito Civil pela Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc), Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Ritter dos Reis, Canoas/RS, Professora da Universidade Luterana do Brasil (Ulbra), *Campus Santa Maria*, Advogada.

MARIANI DUARTE MASSENA

Acadêmica do 9º semestre do Curso de Direito da Universidade Luterana do Brasil – Ulbra *Campus Santa Maria*.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar a influência da guarda compartilhada no que tange à preservação do melhor interesse da criança e do adolescente, levando em consideração as alterações sociais que vêm ocorrendo ao longo dos anos, inclusive com as novas formas de família, ocasionando diretamente a mudança na legislação no que se refere especialmente à guarda. A partir dessa problematização, visando a garantir e a preservar o melhor interesse da criança e do adolescente, discute-se a possibilidade e eficácia da imposição da nova forma de guarda, bem como os efeitos que contrariam o objetivo de sua criação, qual seja, proporcionar à criança e ao adolescente o convívio com aquele genitor que não detém a sua guarda. Isto confere a ambos os genitores, principalmente ao pai, o direito de exercer a paternidade responsável, que envolve não apenas a obrigação da prestação de alimentos, mas o direito de participar ativamente na formação da sua personalidade. O tema escolhido deve-se ao fato de que é extremamente relevante a criação e educação que será proporcionada pelos pais aos seus filhos, tendo em vista que estes serão os futuros cidadãos que integrarão a sociedade. É na convivência familiar que os genitores passam aos filhos valores culturais, religiosos, responsabilidades, dentre outros. Por meio do presente trabalho, conclui-se que as visitas periódicas de um dos genitores nem sempre suprem as necessidades do menor, porém deve o Magistrado atentar para que a aplicabilidade da guarda compartilhada não coloque em risco a eficácia do dispositivo legal. Para tal, como metodologia, utilizou-se o método dedutivo.

PALAVRAS-CHAVE: Criança e adolescente; guarda compartilhada; melhor interesse.

ABSTRACT: This article aims to analyze the influence of shared custody with regard to preserving the best interests of children and adolescents, taking into account the social changes that have occurred over the years, including the new forms of family, leading directly the change in legislation as regards in particular the guard. Some time ago, were rare cases where judges granted joint custody to both parents, by mere lack of legal provision. From this questioning in order to ensure and preserve the best interests of the child and adolescent, discusses the possibility and effectiveness of the imposition of the new form of custody, as well as the effects that run counter to the purpose of its creation, namely, to provide the children and adolescents, living with one parent who does not hold their charge. This gives both parents, especially the father, the right to exercise responsible parenthood, which

involves not only the obligation of the maintenance, but the right to actively participate in shaping their personality. The theme chosen due to the fact that the upbringing and education is extremely relevant to be provided by parents to their children, given that these will be the future citizens who will join the company. It is in family life that parents pass to their children cultural values, religious responsibilities, among others. Through this study, it is concluded that the periodic visits of a parent not always supplies the minor's needs, but the magistrate must be ensured that the applicability of joint custody does not jeopardize the effectiveness of the legal provision. To this end, as a method used the deductive.

KEYWORDS: Child and adolescent; joint custody; best interest.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Entidades familiares e a evolução da legislação brasileira; 2 Modalidades de guarda no direito civil brasileiro; 3 A guarda compartilhada e a garantia de sua função social; Considerações finais; Referências.

INTRODUÇÃO

A partir da dissolução do vínculo familiar, inicia-se, na grande maioria das vezes, o problema da alienação parental, ocasionando danos irreparáveis à criança e ao adolescente. Nesse contexto e preocupado com essas situações, o legislador atentou para o fato de prever a guarda compartilhada como mecanismo de dirimir esses conflitos.

Desse modo, busca-se, por meio do presente trabalho, analisar na legislação, na doutrina e na jurisprudência o estabelecimento da guarda compartilhada, expondo as razões e as consequências da nova forma de guarda estabelecida pela legislação vigente, sintetizando críticas em relação ao tema.

Neste sentido, este artigo se justifica pela inovação apresentada pelo direito civil, com a previsão de possibilitar a guarda compartilhada dos filhos em caso de separação dos pais. Indubitavelmente, o assunto escolhido é de extrema relevância, haja vista que a visitação periódica de um dos pais não é o suficiente para uma participação ativa na criação dos seus filhos, de forma que a guarda compartilhada veio com a intenção de evitar a desagregação familiar, que ocorre de forma avassaladora na sociedade brasileira e que, conseqüentemente, atribui uma melhor qualidade de vida aos filhos.

Tendo em vista que predominantemente na ruptura da sociedade conjugal os pais não conseguem entrar em consenso para decidir quem ficará com a guarda dos filhos ou como dividir o tempo com eles, o legislador estipulou que, nesses casos, o juiz deve aplicar a guarda compartilhada com o objetivo de garantir o superior interesse da criança e do adolescente, o que não ocorre na grande maioria dos casos. O juiz, ao aplicar essa forma de guarda para crianças cujos pais não conseguem dialogar, acaba colocando a eficácia do dispositivo legal em risco. Nesses casos, a probabilidade de a criança viver em um ambiente ainda mais conflituoso aumenta consideravelmente, pois os ge-

nitores costumam discutir por coisas insignificantes e acabam esquecendo que sua preocupação deve ser o bem-estar e os interesses do menor, deixando-o mais vulnerável à alienação.

Nesta perspectiva, muitos são os desafios, principalmente do legislador, pois, ao cumprir estritamente o previsto na legislação vigente, corre o risco de expor ainda mais o menor a um ambiente instável e conflituoso, onde o que se vê é apenas um pai (uma mãe) que entrega a criança ao outro genitor e a recebe no horário marcado, sem ao menos trocar uma palavra, sem um compartilhar com o outro informações sobre a escola, saúde, alimentação, além de vários outros assuntos que deveriam ser comuns entre os pais. Notórias são as diferenças de costumes e criação, uma vez que um dos genitores pretende ser o(a) melhor pai (mãe) do mundo e, desta forma, não impõe limite algum às crianças, usando a criança como arma para provocar o outro pelo simples motivo de não se conformar com o fim da relação conjugal.

Diante desse tipo de atitude por parte dos pais, podemos perceber que, em determinados casos, por mais bem intencionada que pareça a nova forma de guarda e mesmo se acreditando que a guarda compartilhada é capaz de amenizar os efeitos nefastos que o divórcio traz para os filhos, a guarda unilateral ainda seria mais vantajosa e atenderia melhor aos interesses dessas crianças. Por mais que na legislação preconize que não há necessidade de haver acordo entre os pais, que basta estarem aptos a exercer o poder familiar para que ela seja estabelecida, poucos são os pais que saberão lidar com este convívio e contato que a guarda indiretamente lhes obriga a manter, só servindo para acirrar velhas disputas e intensificando os conflitos familiares.

Nesse passo, o presente artigo objetiva analisar a possibilidade e eficácia da imposição da guarda compartilhada e a garantia e preservação do melhor interesse da criança e do adolescente, além de analisar a evolução da guarda compartilhada no direito civil brasileiro, bem como os aspectos da legislação brasileira e da jurisprudência com relação ao tema, descrevendo aspectos relevantes quanto à convivência daquele que não detém a sua guarda. Como metodologia, utiliza-se o método dedutivo, e, partindo dessa metodologia, dividiu-se o artigo em três momentos.

No primeiro momento, abordaremos as entidades familiares, acompanhando a evolução de sua previsão legal e proteção constitucional na legislação brasileira. No segundo momento, realizaremos algumas considerações quanto à guarda no Direito brasileiro, no que tange a sua definição e aos tipos de guarda existentes no direito civil brasileiro.

No terceiro momento, discutiremos sobre a guarda compartilhada e sua função social, analisando, desta forma, a eficácia da aplicabilidade da Lei da Guarda Compartilhada Obrigatória. Ao final deste artigo, explanaremos sobre nossas considerações finais, nas quais apontaremos os efeitos positivos e nega-

tivos da utilização deste dispositivo legal baseado em toda a pesquisa realizada durante a elaboração do presente artigo.

1 ENTIDADES FAMILIARES E A EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

As transformações e evoluções sociais permitiram que muitas famílias de fato passassem a ser reconhecidas juridicamente por meio do art. 226 da Constituição Federal de 1988¹, a qual reconhece todos os tipos de família, mesmo que não estejam explícitos no referido artigo. Os modelos que se encontram previstos no art. 226 são, sem dúvidas, os mais comuns, mas não os únicos que recebem a proteção constitucional, recebendo, igualmente, a proteção do Estado, as famílias homoafetivas, as família homomaternais, homoparentais, entre outras.

No Código Civil de 1916², o pai era considerado o centro da família, o chefe da família, cabendo a ele as decisões sobre a família, inclusive a administração dos bens – período em que o pai era quem escolhia os interesses dos filhos, em que a mulher era totalmente submissa ao marido, inclusive para administrar seus bens particulares. A guarda dos filhos nesse período era determinada àquele que não tivesse culpa pelo fim da relação conjugal. Entretanto, a dissolução conjugal não alterava a titularidade do pátrio poder.

Segundo Rodrigues³, o pátrio poder significa:

No direito romano, o pátrio poder é representado por um conjunto de prerrogativas conferidas ao *pater*, na qualidade de chefe da organização familiar, e sobre a pessoa de seus filhos. Trata-se de um direito absoluto, praticamente ilimitado, cujo escopo é efetivamente reforçar a autoridade paterna, a fim de consolidar a família romana, célula base da sociedade, que nela encontra o seu principal alicerce.

Contrariando essa ideia de pátrio poder, a Constituição Federal⁴, em seu art. 5º, *caput*, e inciso I, e o Código Civil de 2002⁵ estabelecem a igualdade de direitos e deveres, entre os genitores, onde ambos são titulares do poder familiar, cabendo aos dois criar, educar, guardar, manter e representar os filhos. Tem essa expressão como principal característica a proteção dos interesses dos menores – interesses esses que eram anteriormente estabelecidos pelo pai.

1 BRASIL. Constituição Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 26 nov. 2015.

2 BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916: Código Civil. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-3071-1-janeiro-1916-397989-norma-pl.html>>. Acesso em: 15 nov. 2015.

3 RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 353.

4 BRASIL. Constituição Federal de 1988. Op. cit.

5 BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 janeiro de 2002: Código Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília/DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 26 nov. 2015.

Os direitos e os deveres dos genitores para com seus filhos encontram-se regidos na Constituição Federal⁶, em seu art. 226, § 5º, em que dispõe que: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”, em consonância com o expresso no art. 1.631 do Código Civil⁷, que regulamenta a titularidade e o exercício do poder familiar pelos cônjuges ou companheiros, o qual compete aos pais, e na falta ou impedimento de um, a exclusividade do outro. Nos casos em que o filho não é reconhecido pelo pai, o poder familiar é exclusivo da mãe e, em caso de impossibilidade dela exercer tal poder, dar-se-á tutor ao menor.

Preceitua o art. 1.634 do Código Civil⁸ que:

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I – dirigir-lhes a criação e educação;

II – tê-los em sua companhia e guarda;

III – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casar;

IV – nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

V – representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VI – reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

VII – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Nas palavras de Maria Berenice Dias⁹, “o poder familiar é irrenunciável, intransferível, inalienável, imprescritível e decorre tanto da paternidade natural como da filiação legal e da socioafetiva”.

Além da previsão dos deveres dos pais no tocante aos filhos menores, o Código Civil prevê os direitos e deveres dos pais com relação aos bens dos filhos, os motivos pelos quais se dá a extinção do poder familiar, quais sejam, por morte dos pais ou do filho, por emancipação, maioridade, adoção, ou ainda por decisão judicial. Pode ainda o juiz determinar a destituição do poder familiar, quando o pai ou a mãe em comportamento culposo ou doloso aplique castigos exagerados aos filhos, abandone os filhos, exerça conduta contrária à moral e aos bons costumes ou que por muitas vezes venha a reincidir em comportamentos que possam levar à suspensão do poder familiar como comprometer os bens dos filhos e abusar de sua autoridade.

6 BRASIL. Constituição Federal de 1988. Op. cit.

7 BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 janeiro de 2002: Código Civil.

8 BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 janeiro de 2002: Código Civil. Op. cit.

9 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 425.

2 MODALIDADES DE GUARDA NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

O termo “guarda” tem origem etimológica no latim *guardare*, sendo utilizado genericamente para designar proteger, conservar, olhar, vigiar. Pode-se definir guarda como o conjunto de deveres que o ordenamento jurídico impõe aos pais cujo objetivo é a proteção dos filhos menores, dando-lhe a assistência de que necessita visando ao seu melhor interesse e garantindo a sua segurança.

Com o passar dos anos, a culpa deixou de ser elemento no reconhecimento de divórcio e também não mais é considerado como fator determinante para o estabelecimento da guarda dos filhos, como era previsto no Código Civil de 1916¹⁰. As mudanças sofridas no quadro familiar brasileiro, em que cada vez mais as mulheres são inseridas no mercado de trabalho e a participação dos pais é cada vez mais frequente na divisão das atividades domésticas e na criação dos filhos, modificou também o entendimento de que a guarda dos filhos é preferencialmente da mãe, dando igualdade de direito aos genitores para que possam deter a guarda de sua prole.

A guarda tem a faculdade de reduzir o exercício do poder familiar do genitor que não a detiver, entretanto não o extingue, uma vez que ele é conjunto. O genitor que detém a guarda do menor passa, na verdade, a exercer a fiscalização dele, devendo garantir a preservação do seu melhor interesse. A guarda engloba todos os direitos e deveres parentais, podendo aquele que não detém a guarda recorrer sempre ao Judiciário, sendo este quem sempre solucionará o desacordo dos genitores.

O art. 1.583 do Código Civil de 2002¹¹ regulamenta os dois tipos de guarda existentes no direito civil brasileiro, guarda unilateral e guarda compartilhada. Encontram-se dispostos no artigo supracitado e nos subsequentes os tipos de guarda, as formas de aplicabilidade e as especificações de cada um.

Conforme prevista na primeira parte do art. 1.583, § 1º, do Código Civil de 2002, a guarda unilateral é o tipo de guarda em que é atribuído a somente um dos genitores, ou alguém que os substitua, o exercício de fiscalização dos filhos menores. Fica, desta forma, somente o genitor guardião da criança e do adolescente responsável pelos atos civis praticados pelo menor. Assim, o genitor que não detém a guarda fica no direito de supervisionar se está sendo preservado o melhor interesse do menor, pois, mesmo não possuindo a guarda, seu exercício de poder familiar não é extinto.

O genitor não guardião, que tenha o convívio com sua prole afetado ou, ainda, tenha o direito de exercer seu poder familiar prejudicado por interferência do genitor guardião, pode, por meio da Lei nº 12.318, de 26 de agosto de

10 BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916: Código Civil. Op. cit.

11 BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 janeiro de 2002: Código Civil. Op. cit.

2010 (Lei de Alienação Parental), ingressar com ação contra o genitor guardião por prática de alienação parental.

Conforme redação do art. 2º da Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010¹², define-se alienação parental como:

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na 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.

A alienação parental é regulamentada pela legislação supramencionada, onde se encontra a definição da síndrome, as consequências àqueles que a praticam, chegando ao ponto de prever-se até a perda da guarda pelo guardião alienador.

Diferente do que ocorre na guarda unilateral, em que o cônjuge não guardião é afastado do convívio com os filhos e realiza somente as visitas periódicas estipuladas judicialmente, na guarda compartilhada um dos genitores terá a guarda física do menor, a qual é caracterizada pela definição da residência do infante. Porém, ambos os genitores são responsáveis pelas decisões referentes aos filhos, partilhando a guarda jurídica, onde os direitos e deveres são divididos visando à continuidade do vínculo afetivo entre os genitores e os filhos.

Com a nova redação dada aos arts. 1.583 e 1.584 por meio da Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014¹³, o período em que os filhos passam com os genitores deve ser dividido de forma equilibrada: o menor deve ter sua moradia fixada com o genitor que melhor atenda a seus interesses, e o juiz deverá determinar esta modalidade de guarda mesmo nos casos em que os pais não entram em um acordo com relação à guarda do filho.

Esse instituto não afasta o dever da prestação de alimentos, pois este direito amparado constitucionalmente é referente à manutenção do menor, ou seja, para suprir suas necessidades de alimentação, moradia, educação, necessidades as quais devem ser arcadas por ambos os pais dentro das condições financeiras de cada um. Desta forma, o genitor que não possui a guarda física do menor deverá prestar os alimentos. Em alguns casos, não há fixação de alimentos pelo fato de que os próprios pais já realizam essa divisão de maneira equilibrada.

12 BRASIL. Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010: Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm>. Acesso em: 15 nov. 2015.

13 BRASIL. Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014: altera os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm>. Acesso em: 26 nov. 2015.

Nesta modalidade de guarda, ambos os genitores são solidariamente responsáveis pelos danos causados a terceiros pelo infante, mesmo que esteja na presença de apenas um genitor, conforme o art. 932 do Código Civil brasileiro¹⁴: “São também responsáveis pela reparação civil: I – os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia [...]”, uma vez que, na guarda compartilhada, ambos exercem autoridade sobre os filhos, dividindo os direitos e os deveres referentes a eles.

A guarda compartilhada é frequentemente confundida com a guarda alternada, modalidade de guarda à qual não é regulamentada pelo Código Civil brasileiro, na qual a criança não possui residência fixa e tampouco rotina e hábitos necessários para a sua formação. Trata-se de uma criação doutrinária e jurisprudencial em que existe a alternância de residência e o menor fica por um período determinado na casa de cada genitor, o qual, durante esse período, exerce a posse sobre o infante.

Nesse sentido, pontua o Professor Waldyr Grisard Filho¹⁵:

[...] essa alternatividade não oferece segurança e estabilidade à criança, provocando conflitos e perturbações psíquicas irremediáveis, e nem garante segurança jurídica, pois alternando-se a guarda de um genitor para o outro, periodicamente, o usufruto e a administração dos bens da criança e a responsabilidade civil por atos por ela praticados mudariam, sucessiva e periodicamente, de titular [...].

Na guarda alternada, acontece, além da alternância da posse física da criança, a alternância do exercício do poder familiar, que, em determinado período, se encontra sob a responsabilidade materna e, no outro período, sob a responsabilidade paterna. Também possui semelhança com a guarda unilateral; entretanto, na guarda unilateral, apenas um genitor tem a guarda definitiva, e, na guarda alternada, ocorre a alternância da guarda entre os genitores.

Pontua Conrado Paulino da Rosa¹⁶:

As modificações trazidas pela Lei nº 13.058/2014 vieram em boa hora, acima de tudo para dirimir o mito do filho “mochilinha”, vez que, desde a alteração legislativa apresentada pela Lei nº 11.698, em 2008, reiteradamente tratou-se de forma equivocada da guarda compartilhada como guarda alternada.

Pouco utilizada no Brasil e majoritariamente considerada a modalidade de guarda mais problemática do ponto de vista doutrinário, a guarda alternada apresenta uma constante quebra de continuidade de relações, o que afeta o desenvolvimento da criança e do adolescente, não garantindo seu desenvolvimento pleno e saudável.

14 BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 janeiro de 2002: Código Civil. Op. cit.

15 GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 218.

16 ROSA, Conrado Paulino. *Da nova lei da guarda compartilhada*. São Paulo: Saraiva, 2015.

Todas as semelhanças citadas anteriormente não são suficientes para afirmar que as guardas alternada e compartilhada são a mesma coisa. Enquanto na primeira o objetivo é apenas dividir a guarda física da criança e esta morar um pouco com cada um, e alternar inclusive a guarda jurídica, não sendo conjuntas as decisões, na segunda os objetivos são preservar o melhor interesse da criança e do adolescente através da participação conjunta dos pais nas decisões inerentes à criação dos filhos, tendo a guarda compartilhada uma função social que as outras modalidades não possuem.

3 A GUARDA COMPARTILHADA E A GARANTIA DE SUA FUNÇÃO SOCIAL

A guarda compartilhada tem por objetivo garantir à criança e ao adolescente o seu melhor desenvolvimento físico, psicológico; a manutenção de relações socioafetivas; uma educação digna; crescimento em um ambiente estável e com as mínimas condições materiais e morais em conjunto com os pais. Garante, ainda, o direito de ambos os genitores exercerem o poder familiar e, juntos, decidirem sobre a criação e educação dos filhos, visando sempre ao melhor interesse do menor.

Segundo Paulo Lôbo¹⁷:

A guarda compartilhada é caracterizada pela manutenção responsável e solidária dos direitos-deveres inerentes ao poder familiar, minimizando-se os efeitos da separação dos pais. Assim, preferencialmente, os pais permanecem com as mesmas divisões de tarefas que mantinham quando conviviam, acompanhando conjuntamente a formação e o desenvolvimento do filho. Nesse sentido, na medida das possibilidades de cada um, devem participar das atividades de estudos, de esporte e de lazer do filho. O ponto mais importante é a convivência compartilhada, pois o filho deve sentir-se “em casa” tanto na residência de um quanto na do outro. Em algumas experiências bem-sucedidas de guarda compartilhada, mantêm-se quartos e objetos pessoais do filho em ambas as residências, ainda quando seus pais tenham constituído novas famílias.

Na busca de dirimir o afastamento que a separação causa entre o filho e o genitor que não detém a guarda, a guarda compartilhada reserva ao genitor não guardião o direito de exercer o poder familiar e de participar mais ativamente da criação dos filhos. É estritamente importante que os genitores busquem sempre um equilíbrio do transtorno que a separação dos pais causou aos filhos, evitando, desta forma, expor a criança a conflitos oriundos da ruptura da vida conjugal.

A redação do art. 1.584, § 2º, do Código Civil brasileiro¹⁸, na qual foi incluída a possibilidade de imposição da nova forma de guarda pelo Magistrado mesmo em casos em que os genitores não tenham uma boa convivência e não

17 LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 176.

18 BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 janeiro de 2002: Código Civil. Op. cit.

consigam entrar em consenso, é considerada um dos pontos mais arriscados do presente instituto. Uma vez realizado o estrito cumprimento da lei pelo magistrado, ele pode vir a causar ainda mais danos ao infante, pois pode deixá-lo ainda mais vulnerável à alienação parental por parte de um, ou pior ainda, dos dois genitores.

Antes da inclusão deste parágrafo ao artigo, inúmeras foram as negativas de guarda compartilhada, pois os Tribunais demonstravam exatamente este entendimento: de que a ausência de consenso dos pais era prejudicial ao melhor interesse da criança e do adolescente. Pode-se citar, como exemplo, a decisão do Tribunal gaúcho, anterior à alteração da lei da guarda compartilhada, a qual analisou pedido de imposição de guarda compartilhada:

Apelação cível. Ação de divórcio direto. Pretensão paterna de guarda compartilhada. Guarda unilateral exercida deferida à genitora. Ausência de consenso. Melhor interesse da infante. A guarda compartilhada não deve ser fruto de imposição do juízo, mas uma decorrência de acordo entre as partes. Logo, se a genitora não concorda com a guarda compartilhada, não se deve alterar a situação atual, em observância ao melhor interesse do infante. [...] (TJRS, AC 70057505596, 8ª C.Cív., Rel. Alzir Felipe Schmitz, J. 30.01.2014)¹⁹

Embora exista previsão para que seja a guarda compartilhada imposta mesmo quando não houver consenso dos pais, é muito importante que eles consigam, após o rompimento da relação conjugal, manter o laço parental e mantenham uma convivência harmoniosa para que a vida da criança não se torne um suplício.

Paulo Lôbo²⁰ destaca a importância da questão e menciona que a principal fonte de conflitos entre os genitores são as condutas tomadas pelo cônjuge guardião para evitar ou dificultar as visitas: “Constitui a principal fonte de conflitos entre os pais, sendo comuns as condutas inibitórias ou dificuldades atribuídas ao guardião para impedir ou restringir o acesso do outro ao filho”.

A colocação de Lôbo só reforça a importância de os pais conseguirem separar os interesses dos filhos dos problemas referentes à ruptura de sua vida conjugal. O fato de os pais terem igual possibilidade de participação na criação do menor, sem que o vínculo familiar seja desfeito, podendo os pais tomarem conjuntamente as decisões inerentes à criação e ao desenvolvimento de seus filhos, é, com absoluta certeza, uma das grandes vantagens deste instituto.

Outra vantagem considerável é o fato de que, com a guarda compartilhada, o infante não precisará posicionar-se com relação à sua preferência em ficar com um ou outro genitor. Essa situação, diversas vezes, causa grande desgaste emocional ao menor, por considerar uma decisão difícil ter que escolher entre

19 BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Oitava Câmara Cível. Apelação Cível nº 70057505596. Relator: Alzir Felipe Schmitz. Data de Julgamento: 30.01.2014. Diário da Justiça, Porto Alegre, 4 fev. 2014.

20 LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 196.

um dos dois, o que poderia vir a magoar um dos genitores. Entretanto, como nenhum dispositivo é perfeito, com a guarda compartilhada não é diferente: por mais bem intencionada que seja essa modalidade, pode apresentar algumas desvantagens que podem colocar a eficácia do instituto em risco.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente não se encontra impresso na Constituição Federal e tampouco no Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990²¹. Nas palavras de Heloísa Helena Barboza²², o mesmo é inerente à doutrina “da qual decorre o princípio do melhor interesse como critério hermenêutico e como cláusula genérica que inspira os direitos fundamentais assegurados pela Constituição às crianças e adolescentes”.

A Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990²³, que institui o Estatuto da Criança e do Adolescente, estabelece a proteção das crianças e assegura seus direitos fundamentais em seu art. 3º:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Compartilhar a guarda entre genitores que não possuem condições de lidar com seus conflitos pessoais sem envolver os filhos, sem que ambos estejam preparados para resolver isoladamente as questões referentes aos seus filhos e as questões referentes ao fim da relação conjugal, é expor os filhos a novos conflitos e a um ambiente desarmonioso, além de não atender a um dos principais objetivos da guarda compartilhada: preservar o melhor interesse do infante.

A Constituição Federal de 1988²⁴ garante, de forma efetiva, os direitos das crianças e dos adolescentes em seu art. 227:

CF/1988:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

21 BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990: institui o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 25 nov. 2015.

22 BARBOZA, Heloísa Helena. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *A família na travessia do milênio*. II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Anais... Belo Horizonte: IBDFAM: OAB-MG: Del Rey, 2000. p. 206.

23 BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990: institui o Estatuto da Criança e do Adolescente. Op. cit.

24 BRASIL. Constituição Federal de 1988. Op. cit.

Expor o menor a esses conflitos conjugais mal resolvidos é deixá-los vulneráveis à alienação. Pais que não conseguem entrar em consenso, nem manter os laços parentais, nem discutir os interesses dos filhos, não estão preparados para dividir a guarda deles, pois a guarda compartilhada lhes exige a continuidade de convívio e contato mesmo após a dissolução da sociedade conjugal. Infelizmente, o que ocorre é que esses pais que não sabem manter um convívio e diálogo, sempre que possível, encontram uma forma de tentar prejudicar o convívio dos filhos com o outro genitor.

Sob a ótica de Grisard Filho²⁵:

Pais em conflitos constantes, não cooperativos, sem diálogo, insatisfeitos, que agem em paralelo e sabotam um ao outro, contaminam o tipo de educação que proporcionam a seus filhos, e, nesses casos, os arranjos da guarda compartilhada podem ser muito lesivo aos filhos. Para essas famílias, destruídas, deve optar-se pela guarda única e deferi-la ao genitor menor contestador e mais disposto a dar ao outro o direito amplo de visitar.

Desta forma, sem diálogo e um convívio saudável entre os genitores, mesmo havendo previsão legal, a guarda compartilhada é incabível, uma vez que a falta de harmonia entre os genitores é contra o objetivo desta modalidade de guarda e acaba prejudicando os interesses do menor.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do estudo realizado, sobre a possibilidade e eficácia da imposição da guarda compartilhada e a garantia e preservação do melhor interesse da criança e do adolescente, pode-se verificar que a nova redação da Lei da Guarda Compartilhada, no que tange sobre a imposição da guarda compartilhada mesmo em casos que os pais estejam em desacordo, coloca, sem sombra de dúvidas, em risco a eficácia do instituto.

Ante todo o exposto, demonstraram-se as vantagens e desvantagens da guarda compartilhada, levando em consideração o melhor interesse do infante, demonstrando, assim, a necessidade de que haja um estudo do caso concreto para que seja eficaz a aplicabilidade deste instituto. Ficou evidenciado que a Lei da Guarda Compartilhada não deve ser aplicada indistintamente; deve o Magistrado apreciar cada caso, pois, em muitos casos, a aplicação deste instituto é inviável.

Neste sentido, a guarda compartilhada visa a atender as necessidades dos filhos menores advindos de um rompimento conjugal, divórcio ou dissolução da união estável, em que os genitores devem aceitar a ruptura do laço conjugal e se atentar no que é o melhor para seus filhos, deixando os conflitos de lado. O poder familiar pode, desta forma, permanecer mesmo após a separação.

25 GRISARD FILHO, Waldyr. *Op. cit.*, p. 218.

É mister destacar a importância do compromisso com a saúde, educação, lazer, apoio moral e psicológico dos pais para com os filhos, a fim de ajudá-los a superar o sofrimento causado pela separação dos pais, proporcionando o verdadeiro bem-estar da criança e do adolescente.

Por fim, constata-se a importância da harmonia e concordância entre os genitores para a aplicabilidade da guarda compartilhada, pois este instituto exige a concordância de ambos com relação às concessões e convivência. É estritamente necessário que haja reciprocidade na preocupação em garantir o melhor interesse dos filhos e que os pais consigam manter a convivência que o instituto exige com respeito e diálogo.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 26 nov. 2015.
- _____. Lei nº 10.406, de 10 janeiro de 2002: Código Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília/DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 26 nov. 2015.
- _____. Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014: altera os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm>. Acesso em: 26 nov. 2015.
- _____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990: institui o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 25 nov. 2015.
- _____. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916: Código Civil. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-3071-1-janeiro-1916-397989-norma-pl.html>>. Acesso em: 15 nov. 2015.
- _____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Oitava Câmara Cível. Apelação Cível nº 70057505596. Relator: Alzir Felipe Schmitz. Data de Julgamento: 30.01.2014. *Diário da Justiça*, Porto Alegre, 4 fev. 2014.
- BARBOZA, Heloisa Helena. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *A família na travessia do milênio*. II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Anais... Belo Horizonte: IBDFAM: OAB-MG: Del Rey, 2000.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- _____. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- ROSA, Conrado Paulino. *Da nova lei da guarda compartilhada*. São Paulo: Saraiva, 2015.

O Pacto Antenupcial no Brasil à Luz do Direito e Economia

The Prenup in Brazil Under the Law and Economics Perspective

CRISTIANA SANCHEZ GOMES FERREIRA

Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Professora convidada a lecionar em cursos de Pós-Graduação no Brasil, Advogada Especialista em Direito de Família e Sucessões.

RESUMO: O presente artigo analisa o pacto antenupcial no Brasil à luz do Direito e Economia, abordando como sua adequada exploração pode reduzir os custos de transação atrelados ao divórcio, permitindo decisões judiciais e acordos mais eficientes. Tal ocorre à medida que o instrumento pacífico auxilia a evitar possíveis fraudes patrimoniais no âmbito conjugal, bem como a reduzir a discrepância de entendimento do casal quanto ao formato da partilha de bens futura, pensão de alimentos e aspectos correlatos. Inicialmente, o trabalho aborda as efetivas funcionalidades e requisitos do instrumento. Subsequentemente, aborda a teoria econômica da escolha dos regimes de bens. Finalmente, aplica a *law and economics* como essencial método à compreensão e melhor aplicação do direito de família na esfera conjugal e patrimonial, abordando a teoria da assimetria informativa e o teorema de Coase em tal contexto.

PALAVRAS-CHAVE: Direito e economia; direito de família; pacto antenupcial; divórcio; custos de transação; assimetria informativa; teorema de Coase; regimes de bens; partilha de bens.

ABSTRACT: This article analyzes the prenup in Brazil under the law and economics perspective, addressing how its proper operation can reduce transaction costs related to divorce, which allows more efficient judicial decisions and agreements. This occurs to the extent that the prenup helps to avoid possible property fraud within marriage, as well as to reduce the gap of understanding between couples about the future sharing of assets, alimony and related aspects. Initially, this work addresses the effective functionality and efficiency requirements of the prenup. Subsequently, it addresses the economic choice theory of matrimonial property regimes. finally, apply the law and economics as an essential method to understand and better apply the family law on marriage and property sphere, addressing the assymetric information theory and the Coase theorem in such a context.

KEYWORDS: Law and economics; family law; prenup; divorce; transaction costs; asymmetric information theory; Coase theorem; matrimonial property regimes; division of property.

SUMÁRIO: Introdução; 1 O pacto antenupcial e suas funcionalidades; 2 Teoria econômica da escolha dos regimes de bens; 3 O pacto antenupcial como ferramenta redutora de custos de transação; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva aplicar o Direito e Economia ao estudo do pacto antenupcial (contrato pré-nupcial) no Brasil, ilustrando os benefícios da utilização do ferramental da *law and economics* à dita abordagem.

O estudo parte da premissa de que o pacto antenupcial é instrumento hábil a reduzir os custos de transação enfrentados pelo casal no momento do divórcio, eis que permite ao Magistrado proferir decisões eficientes, mais próximas às reais expectativas e intentos do casal, com base no conteúdo constante do pacto. Ao mesmo tempo, o instrumento melhor viabiliza a composição amigável entre as partes, já que não as surpreende quanto ao que restará incluído e excluído da partilha de bens conjugais, bem como quanto a decorrências jurídicas da vida conjugal em demais aspectos.

Abordar-se-ão, na mesma perspectiva, possíveis exemplos de cláusulas pactícias de caráter extrapatrimonial, ainda que o entendimento majoritário na atualidade seja o de que o conteúdo há que ser eminentemente patrimonial.

Tem-se, assim, as principais perguntas a serem respondidas ao longo do presente estudo: *i)* quais os principais perfis de casais que aderem ao pacto antenupcial?; *ii)* ao que se atribui a parca utilização do instrumento, de modo geral?; *iii)* de que forma o pacto antenupcial reduz os custos de transação enfrentados pelo casal quando do divórcio?; *iiii)* como o teorema de Coase auxilia na explicação dos benefícios oriundos da elaboração do pacto antenupcial?

Espera-se, assim, que a aplicação da *law and economics* nesse contexto contribua para a elucidação dos benefícios que o estudo do ferramental reverte à compreensão e melhor aplicação do direito de família.

1 O PACTO ANTENUPCIAL E SUAS FUNCIONALIDADES

Do casamento decorre uma gama de efeitos nas esferas econômica, pessoal e social, como resultado da verdadeira comunhão de vidas derivada de sua formação, cuja principal finalidade é permitir o desenvolvimento fisiopsíquico de seus membros, envoltos emocional, espiritual e materialmente.

A partir de tal concepção, note-se que, dentre seus efeitos, os econômicos são os mais propensos a atingir terceiros, por decorrência de negócios jurídicos travados pelos partícipes da comunhão conjugal. É justamente por implicar efeitos econômicos internos (que dizem respeito unicamente aos cônjuges) e também externos à relação é que se reputa indispensável a observância ao regime de bens que permeia a relação conjugal.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald chamam a atenção para a existência do denominado *estatuto patrimonial do casamento*, caracterizado pelo complexo de regras a nortear a gerência/divisão do patrimônio entre os casados. Sustentam os autores que não há casamento despido de, ao menos, certa potencialidade de projetar efeitos patrimoniais, sendo essa a razão pela qual

cabe ao ordenamento jurídico dispor expressa e claramente acerca dos regimes de bens existentes e consequentes decorrências de ordem prática¹.

No Brasil, os regimes de bens previstos em lei são comunhão parcial, comunhão universal, separação total de bens (separação convencional/separação obrigatória) e regime de participação final nos aquestos².

A possibilidade de os interessados nubentes versarem sobre as regras patrimoniais que se aplicam ao casamento funda-se no princípio da autonomia privada. Confere o ordenamento jurídico, aos particulares, a faculdade de optarem pelo regime de bens que lhes aprouver, ressalvada, porém, qualquer das hipóteses que culminam na cogente imposição do regime da separação legal de bens³.

É no processo de habilitação ao casamento⁴ que deverão os nubentes eleger o regime de sua preferência, que melhor se ajuste e se amolde às expectativas e desígnios individuais e conjugais das partes, veiculando sua pretensão no documento nominado “pacto antenupcial”.

Na união estável, a eleição do regime de bens deve estar expressa na própria declaração de união estável realizada em tabelionato de notas, e não em um documento apartado tal como o pacto antenupcial. No silêncio, incidirá – assim como no casamento – o regime legal da comunhão parcial de bens⁵.

Tal como o casamento, a natureza jurídica do pacto antenupcial é controversa na doutrina, de modo que alguns entendem seja um contrato acessório, principal, uma convenção ou mesmo um simples pacto.

Para Sílvio Rodrigues, trata de um “contrato solene, realizado antes do casamento, por meio do qual as partes dispõem sobre o regime de bens que vigorará entre elas, durante o matrimônio”⁶. Também para Caio Mário da Silva

- 1 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Disposições gerais dos regimes de bens e pacto antenupcial. In: FUJITA, Jorge Shchiguemitsu; SIMÃO, José Fernando; ZUCCHI, Maria Cristina (Coord.). *Direito de família no novo milênio*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 185.
- 2 O Código Civil de 1916 estipulou a comunhão universal como o regime legal de bens, presumindo-se o desejo dos cônjuges em verem comunicados todos os bens componentes de seus acervos patrimoniais pretéritos, atuais e futuros, salvo na hipótese de eleição de qualquer outro regime por meio do pacto antenupcial. Portanto, no silêncio das partes incidia o regime da comunhão universal de bens, situação que perdurou até a edição da Lei nº 6.515, de 1977, quando o regime legal de bens passou a ser o da comunhão parcial – regra esta mantida até os dias de hoje. No atual ordenamento jurídico brasileiro, portanto, o regime mais difundido é o da comunhão parcial de bens, aplicável quando do silêncio das partes (ausência de pacto antenupcial elegendo modalidade de regime diversa) ou ineficácia do pacto antenupcial. Sobre o assunto, vide: GOMES FERREIRA, Cristiana Sanchez. *Análise econômica do divórcio: contributos da economia ao direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- 3 BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. *Regime de bens no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. 320 p.
- 4 Arts. 1.525 a 1.532 do CCB.
- 5 CCB: “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”.
- 6 RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: direito de família*. 28. ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 137.

Pereira, “a natureza jurídica do pacto antenupcial é inequivocadamente contratual, e obrigatoriamente há de ser efetivado antes do casamento”⁷.

A figura do pacto antenupcial é comum nos países ocidentais, e em sua grande maioria – tal como em Portugal, França e Inglaterra – prevalece sua natureza contratual. Com efeito, melhor se caracteriza como um “contrato acessório”, já que é indispensável para a produção de seus efeitos que sobrevenha o contrato de casamento. Sob tal viés, trataria este último de um contrato “principal”, e do qual depende o pacto antenupcial para sua eficácia, segundo redação contida no art. 1.653 do vigente Código Civil⁸.

Por tratar-se de negócio jurídico, requer para sua validade agente capaz, objeto lícito, possível, determinado (ou determinável) e forma prescrita em lei, nos termos preconizados pelo art. 104 do Código Civil. Ademais, a livre e desembaraçada manifestação de vontade também é condição para sua validade, podendo vício nesse sentido ser arguido em juízo posterior, a culminar na própria anulação do instrumento.

A forma prescrita em lei ao instrumento é a escritura pública, inadmitindo-se a flexibilização da regra, sob pena de invalidade do pacto, sendo sua eficácia sujeita a efeito suspensivo, já que somente após a celebração do casamento é que o pacto passa a ser juridicamente eficaz. Contudo, permite-se a celebração do contrato por procuradores constituídos com poderes específicos, através de escritura pública.

Para que o pacto seja eficaz perante terceiros, a lei exige seja registrado em livro especial por parte do oficial do Registro de Imóveis do domicílio dos cônjuges, desimportando em qual comarca venham a adquirir bens ou a oferecer os existentes em hipoteca. Neste diapasão, com efeito a crítica lançada por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald no sentido de que o interesse prático da disposição é de cunho minimamente duvidoso, afinal, podem os nubentes, ao longo do curso conjugal, adquirir bens imóveis em mais de uma cidade ou estado. Para eficácia *erga omnes* do pacto, razoável então seria ter o legislador exigido o registro no cartório de imóveis em que registrados os bens, não vinculando dita eficácia meramente ao registro no cartório do domicílio das partes, posto que a informação quanto ao regime de bens eleito dificilmente chegará ao conhecimento de terceiros residentes de outras localidades⁹.

7 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 218.

8 CCB: “Art. 1.653. É nulo o pacto antenupcial se não for feito por escritura pública, e ineficaz se não lhe seguir o casamento”.

9 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Disposições gerais dos regimes de bens e pacto antenupcial. In: FUJITA, Jorge Shchiguemitsu; SIMÃO, José Fernando; ZUCCHI, Maria Cristina (Coord.). *Direito de família no novo milênio*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 193.

Embora o dispositivo não logre conferir a necessária proteção e segurança jurídica aos terceiros de forma efetiva, é indispensável a medida para sua eficácia jurídica *erga omnes*, como verdadeira condição *sine qua non* para tanto. Além desse registro, cabe aos cônjuges fazê-lo no assento do casamento no registro civil (nos termos do art. 70, § 7º, da Lei de Registros Públicos – nº 6.015, de 1973) e também no Registro Público de Empresas Mercantis sempre que um dos cônjuges for empresário, consoante disposição do art. 979 do Diploma Civil.

O Código Civil não atribui prazo de validade ao pacto, sendo a fase de habilitação às núpcias a etapa na qual é facultada a lavratura do instrumento. E, quanto à certidão de habilitação, a lei impõe-lhe o prazo decadencial de 90 dias (art. 1.532 do Código Civil). Nesta senda, considerando que o pacto fundamenta sua essência no casamento futuro, e que sua confecção coincide com o período da habilitação, alguns doutrinadores posicionam-se pela validade do pacto no mesmo prazo conferido à certidão de habilitação do matrimônio, qual seja, de 90 dias. Já outros, como Maria Berenice Dias¹⁰, sustentam que, mesmo caducando a habilitação, permanecerá hígida a validade do pacto antenupcial, que somente não irradiará seus efeitos por não ter sido realizado o casamento.

Correto parece assumir-se que o mesmo instrumento poderá ser “revalidado” pelas partes em um momento futuro, em um novo processo de habilitação, bastando sua ratificação, sem que os nubentes tenham de incorrer em todas as formalidades já atendidas e despesas já desembolsadas. Ao contrário, não se exigindo a ratificação do instrumento em hipóteses como esta (quando do novo procedimento de habilitação), estar-se-ia abrindo brechas para manejo de possíveis ações fraudulentas; afinal, passado certo período (meses ou anos), a realidade patrimonial dos nubentes pode ter alterado significativamente, sendo, inclusive, possível que algum deles sequer lembre com exatidão o que constava disposto em dito instrumento. Assim, primando-se pela proteção do interesse das partes, razoável, pois, a exigência de ratificação do pacto, sobretudo nos casos em que ultrapassado período significativo.

Não raro, após a lavratura do instrumento, e ao invés das núpcias, sobrevém uma união estável. A discussão, nesta hipótese, diz respeito à aplicabilidade do regime eleito no pacto antenupcial à dita união estável, muito embora o art. 1.653 do Código Civil determine que será ineficaz o pacto se não lhe seguir o matrimônio.

Como acertadamente refere Rolf Madaleno, não há por que supor que o casal quisesse algum regime matrimonial diverso daquele que consta no pacto antenupcial apenas pela falta de previsão de que viriam a “substituir” o casa-

10 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 196.

mento por uma união estável¹¹. A revogação do regime de bens deve ocorrer se – e somente se – os companheiros elegerem regime distinto na respectiva declaração de união estável, nada justificando entendimento em sentido contrário, principalmente quando as partes, após a assinatura do pacto antenupcial, passam a imediatamente coabitar.

Quanto ao conteúdo do instrumento, o ordenamento jurídico brasileiro prevê conteúdo estritamente patrimonial ao pacto, haja vista o instituto estar previsto no capítulo do Código Civil, que dispõe sobre o direito de família patrimonial. A favor do conteúdo extrapatrimonial, manifestam-se, entre outros, Francisco José Cahali, Maria Berenice Dias, Gustavo Tepedino e Débora Gozo¹².

Por conteúdo extrapatrimonial, compreenda-se cláusulas que versem sobre direitos e deveres atinentes à vivência conjugal (como, por exemplo, questões que envolvam os deveres conjugais), imposição de religião à prole, parâmetros de ajuste de rotina doméstica, reconhecimento filial, estipulação de indenizações pelo término da relação afetiva, entre outras tantas possibilidades¹³.

Muito embora a possibilidade de elaboração de conteúdo extrapatrimonial às cláusulas seja sustentada por respeitáveis juristas, prevalece o pacto, na atualidade, circunscrito a previsões de caráter eminentemente patrimoniais.

Nesta perspectiva, poderá o pacto pré-nupcial conter cláusula instituindo o regime de bens aplicável ao matrimônio – inclusive elaborando e explorando regimes “híbridos”¹⁴ – como também vir a contemplar cláusulas relativas ao reconhecimento, criação, modificação e extinção de direitos patrimoniais entre os cônjuges. Exemplo elucidativo trata de cláusula na qual seja imposta a obrigação de uma das partes ao custeio da educação escolar da futura prole, ou que ajustem regras quanto à disposição do patrimônio comum a terceiros, criação de fundo financeiro de emergências, doações entre os cônjuges, ajustes personalizados sobre partilha de bens na eventualidade de divórcio, fixação de alimentos e mesmo renúncia alimentar entre consortes¹⁵.

Possibilidade que comumente pode vir a interessar os nubentes trata da exclusão de quotas e ações de sociedades empresárias a serem (eventualmen-

11 MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 686.

12 CARDOSO, Fabiana Domingues. *Regime de bens e pacto antenupcial*. São Paulo: Método, 2010. p. 160.

13 Ibidem, p. 190-217.

14 Exemplos: 1) um casal pode estipular o regime da comunhão parcial em relação aos bens imóveis que vierem a ser adquiridos ao longo dos anos, ao mesmo tempo que elege o regime da separação de bens em relação a investimentos mobiliários e quotas empresariais futuras; 2) até determinado ano de vigência do casamento, o regime de bens pode ser, a título de ilustração, o da comunhão parcial. Ultrapassado o período previsto, o regime pode automaticamente se modificar para o da comunhão parcial ou qualquer outro que imponha a majoração do grau de comunicação patrimonial – haja vista que, se o “novo regime” vier a reduzir o grau de comunicação de bens, há de se requerer a partilha do que fora amealhado judicialmente.

15 CARDOSO, Fabiana Domingues. *Regime de bens e pacto antenupcial*. São Paulo: Método, 2010. p. 165.

te) futuramente constituídas da comunicabilidade patrimonial, muito embora se opte, a título de exemplo, pelo regime da comunhão parcial de bens – de acordo com o qual ditas quotas integrariam a meação do cônjuge. Ainda, com relação às empresas preexistentes ao casamento, pode-se, com a mesma simplicidade, afastar-se a meação sobre eventual e não raro crescimento patrimonial da empresa, o que, do contrário, é apurado em sede de liquidação de sentença nas ações de partilha.

Conquanto tais alternativas não se encontrem expressamente previstas pelo Código Civil, cabendo sua formulação às próprias partes, nada nelas infringe a legislação pátria ou atenta contra normas de ordem pública, pelo que plenamente admitidas e ajustáveis ao intento das partes.

2 TEORIA ECONÔMICA DA ESCOLHA DOS REGIMES DE BENS

Trata o pacto antenupcial, pois, do instrumento a partir do qual os nubentes elegem o regime de bens que vigirá no curso da união conjugal, bem como demais questões de natureza patrimonial. No Brasil, sua ausência redundando na incidência do regime legal de bens, qual seja, o da comunhão parcial, o que se opera automaticamente.

Muito a Economia contribui à explicação da escolha de um regime matrimonial por parte dos indivíduos, buscando delinear as principais hipóteses que suscitam distintas opções, ao demonstrar, sobretudo, as contribuições da aplicação da teoria da sinalização na etapa da eleição do regime matrimonial de bens.

Para a ciência econômica, o pacto antenupcial pode ser visto como um acordo que busca reduzir os custos financeiros e emocionais atribuídos ao divórcio, a partir de um planejamento dos consortes quanto ao desfecho de seus projetos conjuntos, tendo em vista que nem sempre as normas jurídicas geram, por si só, uma decisão efetivamente eficiente às partes. Assim sendo, pode ser o contrato pré-matrimonial reputado como um redutor de número de decisões judiciais ineficientes, prezando pela coerência entre a alocação dos investimentos conjugais e o projeto dos cônjuges¹⁶.

No cenário de escolha das cláusulas constantes do pacto antenupcial – sejam elas relativas à eleição de um regime de bens específico, ou a formularem um regime “misto”, cuja confecção requer maior sofisticação e detalhamento –, o que é também pouco estudado são as variáveis psicológicas passíveis de interferir de forma altamente significativa no processo de negociação do instrumento pré-nupcial¹⁷.

16 MAHAR, Heather. Why there are so few prenuptial agreements? Disponível em: <http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/436.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2014.

17 MARGULIES, Sam. The psychology of prenuptial agreements. *HeinOnline* – 31 J. Psychiatry & L., p. 415, 2003.

Para Sam Margulies – mediador especializado em divórcio dos Estados Unidos –, dentre os grandes percalços enfrentados pelas partes no momento da escolha do regime, encontram-se as proposições emocionais, passíveis de afetar o matrimônio de forma a mesmo impedi-lo de ser concretizado. Para ilustrar suas convicções, o especialista narra um caso do qual participou, no qual, enquanto que o advogado do noivo sugeria ao casal cláusulas que protegessem meticulosamente todos os interesses do varão, a noiva via a relação deteriorar-se ante a vulnerabilidade emocional que lhe tomava conta, sentindo-se desprotegida perante tais cláusulas. No caso em questão, as cláusulas formuladas pelo varão (tais como a que impunha a separação total dos bens adquiridos no curso conjugal e a que manifestava a renúncia da virago em receber alimentos na eventualidade do divórcio) foram interpretadas pela noiva como uma mensagem de absoluta “falta de credibilidade” do noivo na comunhão, de modo que, somente após inúmeras e desgastantes brigas e tratativas, obtiveram um acordo¹⁸.

Muito embora seja verdade que o “amor romântico” possa não ser sinônimo de formulação de um contrato antenupcial, ignorar a alternativa pode culminar em prejuízos irreparáveis às partes, principalmente quando este não atende, da melhor forma, os interesses patrimoniais envolvidos. E, nesse contexto, muito a teoria da sinalização tem a esclarecer¹⁹.

Ora, com efeito que as tratativas negociais de natureza patrimonial que antecedem o matrimônio propiciam compreensões recíprocas às partes acerca da personalidade e expectativas dos companheiros. Assim, enquanto que a psicologia atrela-se aos sentimentos despertados nas partes a partir da discussão quanto ao regime a ser eleito, a análise econômica investiga o conjunto de fatores que, somados, fazem com que os indivíduos inclinem-se, racionalmente, para a escolha de um ou outro regime de bens, provendo explicação lógica às principais hipóteses e perfis de nubentes que optam por lançar mão do pacto antenupcial.

A despeito de fato de que, em alguns casos, tal espécie de contrato possa sinalizar inseguranças ou desconfianças imbuídas na relação – vindo, muitas vezes, a fazê-la fenecer –, os aspectos positivos predominam, já que a discussão quanto aos investimentos a serem empregados na vigência contratual acaba por esclarecer essenciais metas e interesses dos parceiros, além de características que muitas vezes somente acabariam por ser reveladas no curso do casamento ou mesmo apenas no divórcio²⁰.

18 MARGULIES, Sam. Loc. cit.

19 Sobre o assunto, vide: GOMES FERREIRA, Cristiana. *Análise econômica do divórcio*: contributos da economia ao direito de família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

20 SION, Michael. Money and marriage: how to choose a financially compatible spouse. Disponível em: <<http://www.aier.org/sites/default/files/publications/EB201012.pdf>>. Acesso em: 9 mar. 2014.

Portanto, a opinião do parceiro quanto ao adequado regime de bens, em sua visão, é capaz de atuar como um efetivo emissor de sinais quanto a preferências do companheiro, outrora ocultos. Desta forma, pode-se inferir que atua o contrato antenupcial como uma espécie de redutor de custos transacionais, haja vista antecipar reações e revelações de dados que possivelmente seriam aventados somente no momento do divórcio, a solapar uma partilha de bens amigável ou mesmo eficiente.

Para Michael Simon, ainda, além de aclarar reais interesses e aproximar (ou distanciar) os nubentes, “em um mundo legalmente perfeito, as pessoas analisariam seus contratos antenupciais a cada cinco anos e verificariam se seria ou não necessário ajustá-lo”²¹. Atenemos que, no Brasil, toda e qualquer tomada de decisão por alteração do regime de bens vigente em um casamento necessita, imperiosamente, perpassar pelo crivo jurisdicional, mediante pedido a ser fundamentado ao juiz. Desta forma, sucessivas revisões no contrato antenupcial, realizadas em curtos períodos de tempo, deparar-se-iam com entraves junto ao Poder Judiciário, cujas ações tramitam de forma muitas vezes morosa ou custosa às partes.

Segundo Erika Haupt, são seis os principais perfis de casais que buscam o pacto antenupcial, divididos entre si em três grupos. Primeiro, atribui a incidência do instrumento a casais jovens ou que estejam em seu primeiro matrimônio. Nesse perfil, são três as possibilidades. A começar pelo casal “profissional”, que geralmente não planeja ter filhos e que privilegia a proteção de recursos acumulados a partir do desenvolvimento de suas carreiras, claramente indesejando a intersecção entre suas vidas pessoal e afetiva com a profissional e patrimonial. Ainda, neste caso resta claro que não pretendem os nubentes serem responsáveis por pagamento de pensão alimentícia ao parceiro no advento do divórcio. No mesmo grupo, estão os casais nos quais uma das partes arca com todos os custos de formação profissional do parceiro, de modo que geralmente estabelecem um *quantum* a ser pago àquele que empregou recursos na formação do cônjuge, como uma espécie de “indenização”. Por fim, aqueles casais jovens porém preocupados com as dívidas ou mesmo potencial de acumulação de dívidas por parte do parceiro, e que buscam proteção contratual para que estas não se comuniquem na ocorrência de divórcio²².

Vejamus que, no Brasil, as soluções cabíveis às hipóteses acima seriam, genericamente, a estipulação do regime de separação de bens aos casais “profissionais” e àqueles detidos na preocupação quanto aos débitos do consorte. No que tange aos casais nos quais uma das partes custeia a formação profissional do parceiro, interessante seria que versasse o pacto acerca de tal reali-

21 SION, Michael. Money and marriage: how to choose a financially compatible spouse. Disponível em: <<http://www.aier.org/sites/default/files/publications/EB201012.pdf>>. Acesso em: 9 mar. 2014.

22 HAUPT, Erika L. For better, for worse, for richer, for poorer: premarital agreement case studies. *HeinOnline* – 37 Real Prop. & Tr. J., p. 29, v. 2002-2003.

dade, prevendo, assim, uma espécie de “indenização” associada à renda do ex-estudante, porém que se reduzisse de forma proporcional à durabilidade do enlace conjugal.

Em um segundo grupo, encontra-se o perfil de casais mais velhos ou que estejam em um segundo casamento. Relativamente aos casais mais velhos e com filhos já independentes financeiramente, a autora reputa ser mais comum a eleição de um regime em que, na ocorrência de divórcio, nada se comunique, porém o oposto ocorrendo se, casados, um venha a falecer, quando então herdará os bens do consorte. Ainda, para casais em segundas núpcias e com filhos ainda menores e dependentes, considera adequada uma escolha que lhes assegure não estarem incorrendo nos mesmos erros do primeiro matrimônio, de modo que o grau de comunicabilidade patrimonial ou mesmo a obrigatoriedade de prestação de alimentos majore-se gradativamente a cada ano de sucesso da relação, alterando-se o regime com o passar do tempo²³.

No Brasil, o primeiro caso seria hipótese de eleição de regime de separação convencional de bens, mesmo que as partes maiores de 70 anos de idade (a partir de quando o regime de bens é arbitrariamente o da separação obrigatória de bens), haja vista a existência da Súmula nº 377 do STF, que prevê, mesmo assim, a comunicabilidade daqueles bens adquiridos na constância conjugal. Já aos casais em segundas núpcias e cautelosos, com intuito de proteger o patrimônio amealhado até então, e ainda aquele que virá a se transformar, a eleição de um regime “misto” seria alternativa hábil a promover os cuidados desejados, de modo que o envolvimento patrimonial das partes se condicionasse à extensão e consistência da união.

É verdade também que nubentes “em segundas núpcias” revelam-se mais temerosos quanto às decorrências patrimoniais da união, seja por terem já vivenciado a falência de uma relação afetiva (conhecedores, pois, de muitos de seus efeitos patrimoniais), seja por visarem a somente beneficiar os filhos com os bens já adquiridos, entre outras distintas hipóteses, conforme expõe William Cantwell:

Várias preocupações, fruto de um casamento anterior, podem fazer com que as partes busquem um pacto antenupcial. Pode haver filhos. [...] Pode haver negócios, heranças, graus e práticas profissionais. Se ambas as partes forem divorciadas, provavelmente haverá um forte desejo de explorarem as possibilidades de contratação em um pacto antenupcial. Isso geralmente ocorre independentemente de pensar que seu divórcio foi uma vitória, uma derrota ou um empate.²⁴ [Tradução nossa]

23 HAUPT, Erika L. For better, for worse, for richer, for poorer: premarital agreement case studies. *HeinOnline* – 37 Real Prop. & Tr. J., p. 29, 2002-2003.

24 “Various concerns may compel parties to seek an antenuptial contract from a prior marriage. There may be children [...]. There may be business, inheritances, professional degrees and practices. If both parties have been divorced there probably is a strong desire to explore contracting possibilities. This will usually be

Por fim, um último agrupamento de indivíduos com perfil típico para a elaboração de um pacto antenupcial diz respeito àqueles que possuam prósperos negócios (empresas) familiares ou que venham a receber, futuramente, expressivos bens em herança. E é comum que neste cenário os parentes do nubente com maior patrimônio familiar fomentem a eleição de algum regime que proteja o “parente-sócio” de eventuais e futuras divisões de lucros, cotas sociais empresariais ou acréscimos patrimoniais.

Muito embora as idiosincrasias das partes e familiares influenciem no momento da eleição do regime de bens, com efeito que, quanto maior a discrepância de riqueza entre os nubentes, mais fácil será prever quais as cláusulas a serem formuladas em tal contrato, quando que uma delas assume posição de “poder” e a outra de “vulnerabilidade”. E o oposto também é verdade, já que, quanto mais equiparada a renda dos nubentes, maior o rol de alternativas a serem estudadas no momento da confecção do pacto antenupcial²⁵.

Dois são os principais fenômenos atribuídos à pouca utilização do instrumento antenupcial: *i*) pouco valor atribuído ao pacto (decorrente da ignorância quanto às suas funcionalidades) e *ii*) subestimação, pelos agentes, da real probabilidade do divórcio²⁶.

Outrossim, custos de informação relativos ao amplo rol de possibilidades de conteúdo a ser inserido no pacto antenupcial, associados ao parco estudo de suas funcionalidades e alcance, contribuem para sua tímida elaboração. A fim de obter-se correto conhecimento jurídico-legal, consultas com advogados especializados no ramo são alternativas positivas à alocação eficiente dos bens e dos interesses das partes, vindo a reduzir os custos de transação atinentes ao eventual e futuro divórcio.

Restou claro, ainda, em dita pesquisa, que a inclinação dos indivíduos a serem exacerbadamente otimistas (a crer que o divórcio jamais será uma realidade a ser vivida) é fator que proscreve a curiosidade pelo conhecimento da relevância jurídica do instrumento, vindo a perpetuar a ignorância quanto à sua eficácia e possíveis benefícios²⁷.

Do ora exposto, infere-se que, a despeito da constatada existência de determinados perfis de casais que mais lançam mão do pacto antenupcial, seu pouco uso pode ser atribuído ao “pessimismo” que este sinaliza, interpretado como um estereotipado projetor de descrença das partes (ou de uma delas) na união conjugal, deflagrando sentimentos passíveis de fazê-la fracassar antes mesmo de vir a formalmente existir.

true whether they think that their divorce was a win, a loss or a draw.” (CANTWELL, William P. Premarital contracting: why and when. *HeinOnline* – 8 J. Am. Acad. Matrimonial Law, p. 45, 1992)

25 CANTWELL, William P. Premarital contracting: why and when. *HeinOnline* – 8 J. Am. Acad. Matrimonial Law, p. 45, 1992.

26 MAHAR, Heather. Why there are so few prenuptial agreements? Disponível em: <http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/436.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2014.

27 MAHAR, Heather. Loc. cit.

Aliado a isso, também a ignorância dos nubentes quanto às reais chances de o divórcio vir ocorrer e a ausência de conhecimento quanto aos vastos benefícios e alcances do instrumento – quando manejados adequadamente pelas partes, preferencialmente assessoradas por profissionais conhecedores do tema – redundam em sua pouca incidência prática no Brasil e no mundo. No Brasil, dados constantes da Central Nacional de Serviços Eletrônicos Compartilhados – Censec, administrada pelo Colégio Notarial do Brasil, contudo, indicam paulatino aumento das lavraturas de escrituras de união estável entre os anos de 2010 e 2014:

Escrituras de Pacto Antenupcial no Brasil						
UF/ano	2010	2011	2012	2013	2014	Total
AC		3	2	6	9	20
AL	21	47	56	58	59	241
AM		5	74	111	94	284
AP					11	11
BA	2	17	68	152	112	351
CE	69	73	449	561	248	1400
DF	189	373	323	912	820	2617
ES	224	328	627	1247	1177	3603
GO	205	431	580	814	546	2576
MA	1	1	6	21	58	87
MG	2464	2990	4700	6471	5352	21977
MS	130	204	248	445	269	1296
MT	170	301	460	641	539	2111
PA	21	43	44	213	72	393
PB	10	17	125	182	115	449
PE	98	154	401	598	379	1630
PI	65	129	131	173	90	588
PR	2218	2999	3620	5060	4026	17923
RJ	224	311	339	847	580	2301
RN	36	60	61	193	139	489
RO	47	67	68	241	227	650
RR	2	2	2	40	5	51
RS	2898	3740	4335	6599	555	22127
SC	1900	2631	3691	5182	4288	17692
SE	86	194	326	427	352	1385
SP	4898	6407	8877	10157	8804	39143
TO	61	60	201	277	177	776
Total	16039	21587	29814	41628	33103	142171

(Fonte: <http://www.censec.org.br/>)

Detecta-se, no Brasil, uma cultura que não recepciona de forma natural e prática a elaboração de pactos antenupciais. O tema ainda é pouco abordado entre os casais, longe de ser uma realidade inerente à celebração do casamento. Crê a autora que isso decorra da parca exploração das funcionalidades do instrumento pelos juristas, de modo geral, bem como do desconhecimento, por parte da sociedade, acerca de sua efetiva possibilidade de extensão, inclusive no que diz respeito à elaboração de cláusulas de conteúdo extrapatrimonial. Ainda que os dados acima transcritos apontem o aumento da utilização dos instrumentos pactícios no Brasil, tal ainda ocorre de forma deveras tímida.

3 O PACTO ANTENUPCIAL COMO FERRAMENTA REDUTORA DE CUSTOS DE TRANSAÇÃO

Grande parte dos problemas enfrentados no divórcio, ou que nele redundam, advém da problemática da assimetria informativa, como uma falha passível de repercutir em qualquer fase do enlace conjugal: seja em sua formação, vigência ou dissolução. Segundo ensinamentos de Fernando Araújo:

[...] os avanços da economia da informação e o crescente reconhecimento de que os custos de obtenção da informação não são despidiendos e podem tornar ineficiente a busca de informação completa, o reconhecimento das vantagens estratégicas ínsitas, seja na exploração da ignorância racional (o grau ótimo de informação incompleta), seja na exploração da ignorância racional da contraparte, e, mais importante ainda, o reconhecimento de que os custos de informação são custos de oportunidade, e são os mesmos custos de oportunidade que são ultrapassados pelas vantagens da divisão social do trabalho e da especialização, tudo isso (e outros factores ainda, que referiremos) levou a que se aceitasse, ou a que não pudesse recusar-se, a complicação da assimetria informativa.²⁸

Constitui-se a assimetria informativa, segundo o autor, em um peculiar custo de transação, que impede a partilha de informação entre as partes e, decorrentemente, reduz os incentivos para que promovam a harmonização de seus interesses²⁹.

No contrato matrimonial, a assimetria informativa entre os contratantes pode derivar de muitas razões: do curto período de relação afetiva na fase que antecede as núpcias (períodos do namoro e do noivado) – momento no qual cabe o acesso às informações da forma mais plena possível –, das limitações cognitivas das partes, que deixam de explorar o conhecimento de circunstâncias que em um futuro breve vêm a interferir significativamente na relação afetiva (como a ciência da existência e do alcance jurídico do pacto antenupcial), e mesmo de fatores atribuídos às personalidades e crenças dos parceiros envol-

28 ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*. Lisboa: Almedina, 2007. p. 281.

29 *Ibidem*, p. 283.

vidos, que podem, voluntariamente, optar por não revelar certas informações, mantendo-as privativas.

Como as principais patologias derivadas da assimetria informativa, figuram a seleção adversa e o risco moral (*moral hazard*). Embora geralmente ocorram em momentos distintos – a primeira na fase de negociação do contrato e a segunda em sua vigência –, não se pode assumir que tratem de domínios *ex ante* e *ex post* da assimetria informativa, de modo que suas distinções transcendem a critério eminentemente temporal.

Neste contexto, a seleção adversa é mais bem definida como uma “equivocada” escolha do parceiro e/ou de termos contratuais, quando uma das partes, desprovida de corretas (ou completas) informações, segundo Fernando Araújo,

oferece condições contratuais medianas que afastam os melhores parceiros potenciais – aqueles que, conhecendo as suas próprias características e julgando-se acima da mediana, consideram desvantajosas as condições propostas.³⁰

Vejamus que no casamento muitas são as etapas passíveis de serem acoiçadas pela seleção adversa. A começar, a própria escolha dos parceiros pode amparar-se em informações distorcidas e incompletas quanto àquele. Ainda, na presente perspectiva, informações equivocadas acerca da renda de qualquer dos nubentes, de seus níveis de capacitação profissional e patrimônio amealhado preteritamente podem apontar para regimes de bens conjugais inadequados a tais realidades, vindo a comprometer uma eficiente partilha de bens futura.

No que tange à conceituação do *moral hazard*, a análise da relação agente-principal em muito contribui. Na aludida interação, um indivíduo (designado como “agente”), atua e toma as decisões em nome de outro (designado como “principal”), por dominar determinado assunto ou ser especialista em específico ramo ou área de conhecimento técnico. Desta forma, o agente age e recebe alguma compensação em contrapartida, enquanto que o principal, por seu turno, observa e fiscaliza o trabalho do agente. Desta forma, a interação ocorre sob condições de inevitável assimetria informativa, cabendo ao principal, assim, fazer inferências acerca da atuação do agente a partir da observância de sua conduta³¹.

Na espécie, o risco moral surge quando os objetivos entre o agente e principal diferem substancialmente, o que permite que o primeiro obtenha vantagens às custas do segundo, passando a atuar em benefício de seus interesses privativos em detrimento dos interesses conjuntos ou mesmo exclusivos do principal. Eis, então, que se verifica sua ocorrência: quando a parte provida de maior número de informações passa a atuar de forma oportunista, negligen-

30 ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*. Lisboa: Almedina, 2007. p. 285.

31 MOLHO, Ian. *The economics of information – Lying and cheating in markets and organizations*. USA: Blackwell Publishers, 1997. p. 119.

ciando nos deveres de cooperação mútua entre os contratantes. De acordo com Fernando Araújo:

[...] a expressão não denota necessariamente qualquer perversão moral (embora abarque também abusos fraudulentos), contudo ela tem uma clara conotação negativa, ao menos porque ela sugere que há alguma “miopia” na gestão do recurso comum que é a confiança recíproca das partes no cumprimento pontual das suas obrigações e no acatamento estrito das estipulações contratuais.³²

Oportuno exemplo é o dos indivíduos que abdicam de suas carreiras para dedicarem-se exclusivamente aos cuidados com os filhos, desconhecedores das dificuldades que viriam a encontrar caso almejassem futura reinserção no mercado laboral, ou mesmo de que a pensão de alimentos na espécie dar-se-ia somente por tempo determinado (alimentos transitórios). No entanto, embora o outro cônjuge saiba do possível enfrentamento de tais dificuldades caso o divórcio ocorra, deliberadamente opta por não as esclarecer ao parceiro, lucrando, assim, a partir da desnecessidade de contratação de profissionais como babá e cozinheira, tarefas essas assumidas pelo parceiro então ainda fora do mercado de trabalho.

O mesmo se opera quando o consorte inicia processo de transferência do acervo conjugal para sociedade empresária do qual faz parte, apropriando-se ilegitimamente da meação do cônjuge, por sua vez alheio às questões patrimoniais do casal por razões próprias da relação, que variam em cada caso³³.

Neste viés, os efeitos da assimetria informativa podem afetar o casamento, incentivando a ausência de investimentos na sociedade conjugal:

O modelo de informação simétrica também pode falhar por causa da problemática do risco moral. Pode ser difícil determinar investimentos de cada cônjuge na sociedade conjugal e ressarci-los sobre o seu investimento realizado. Assim, existem incentivos para investir em menos do que a quantidade ideal de específico capital conjugal. Esses incentivos podem ser afetados pelas restrições impostas por diferentes da lei do divórcio³⁴ [tradução nossa].

Vejamos, assim, que a teoria da assimetria informativa bem esclarece problemáticas comuns passíveis de exsurgirem na constância das núpcias, sen-

32 ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*. Lisboa: Almedina, 2007. p. 288.

33 Sobre o tema, vide: GOMES FERREIRA, Cristiana Sanchez. A desconsideração da personalidade jurídica na partilha de bens conjugais sob o viés da *law and economics*. In: DA ROSA, Conrado Paulino; THOMÉ, Liane Busnello. (Coord.). *O Direito do lado esquerdo do peito – Ensaios sobre direito de família e sucessões*. Porto Alegre: Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM/RS), p. 223-236, 2014.

34 “*The symmetric information model can also fail because of the moral hazard problem. It can be difficult to determine each spouse’s inputs to the marriage and to pay each the full return on his or her investment. Thus there exist incentive to invest in less than the optimal amount of marriage-specific capital. These incentives can be affected by the different constraints imposed by the divorce law.*” (PETERS, Elizabeth. Marriage and divorce: informational constraints and private contracting. In: *The American Economic Review*, published by American Economic Association, v. 76, n. 03, p. 438)

do sua aplicabilidade um essencial instrumento para a compreensão dos fenômenos que comumente se constituem em um verdadeiro custo à manutenção do contrato matrimonial.

Para Cooter e Ulen, “ao negociar com as outras, as pessoas frequentemente chegam a um acordo a respeito das condições para sua interação e cooperação”, sendo que, em algumas ocasiões, contudo, tais condições (para cooperação e interação) são impostas por variáveis exógenas, como a legislação³⁵.

Partindo-se de tal concepção, com efeito que as condições ajustadas pelas partes em um acordo poderão ser muito mais eficientes do que as que o legislador impõe, sendo a lei indesejada e mesmo inútil quando as negociações forem exitosas. Nesse sentido, “as circunstâncias especiais que definem os limites do direito são especificadas numa proposição notável chamada de Teorema de Coase”³⁶.

Para uma adequada compreensão do teorema de Coase³⁷, necessária, primeiramente, a definição do conceito amplo de “custos de transação”. Ditos custos tratam de todos aqueles correspondentes aos três passos de uma transação, quais sejam: *i)* custos de busca para a realização do negócio jurídico, *ii)* custos próprios da negociação e *iii)* custos de cumprimento do que foi negociado³⁸. Na presente perspectiva, os custos mais expressivos – e que de forma mais acentuada interferem no sucesso ou fracasso da transação – dizem respeito aos custos de negociação; afinal, trata de momento no qual os agentes, geralmente imbuídos de sentimentos de rancor e tristeza em virtude término da relação afetiva, têm de chegar a denominadores comuns relativos à divisão do excedente familiar.

O teorema de Coase propõe que, na hipótese de as partes virem a negociar entre si de forma exitosa, o resultado eficiente será alcançado, independentemente da regra de direito. Duas noções, correlatas entre si, derivam da presente afirmação: *1) quando os custos de transação são nulos, um uso eficiente dos recursos resulta da negociação privada, independentemente da atribuição jurídica dos direitos de propriedade; e, em contrapartida, 2) quando os custos de transação são suficientemente altos para impedir a negociação, o uso eficiente dos recursos dependerá da maneira como os direitos de propriedade são atribuídos*³⁹.

35 COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito e economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 99.

36 COOTER, Robert. Loc. cit.

37 O teorema de Coase foi publicado por Ronald H. Coase, em seu artigo intitulado “The problem of social cost”, em 1960. Desde então, a literatura apresenta o teorema de maneiras distintas, sendo a ora abordada elaborada por Cooter e Ulen na obra em referência.

38 COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito e economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 105.

39 *Ibidem*, p. 102-3.

Em outras palavras, o que o teorema de Coase sugere é que, sendo viável às partes chegar a um acordo, quando os custos de transação forem baixos, tal ocorrerá independentemente da forma como as regras jurídicas estão estruturadas. Pode-se afirmar que, no âmbito do direito de família, os custos de transação serão mais baixos quando os direitos estiverem estruturados de forma clara e simples, não criando o próprio texto legal embaraços à interpretação. Ademais, quanto mais amistosas forem as partes envolvidas, a ponto de estabelecerem um diálogo construtivo, igualmente inferiores serão tais custos transacionais.

Tem-se, assim, que o valor líquido da negociação, a ponto de vir-se a desprezar a aplicação da lei, constitui-se no excedente cooperativo menos os custos de transação. Neste viés, de acordo com Cooter e Ulen:

Outro obstáculo para a negociação é a hostilidade. As partes da disputa podem ter preocupações emocionais que prejudicam um acordo racional, como quando um divórcio é disputado litigiosamente. As pessoas que se odeiam mutuamente muitas vezes discordam a respeito da divisão do excedente cooperativo, embora todos os fatos relevantes sejam de conhecimento público. Uma ilustração: muitas jurisdições têm regras para dividir a propriedade no caso de divórcio que são simples e previsíveis para a maioria dos casamentos sem filhos. Entretanto, uma proporção significativa desses divórcios é litigiosa e não resolvida numa conciliação. Nessas circunstâncias, os advogados podem facilitar as negociações se interpondo entre partes hostis.⁴⁰

Desta forma, pode-se concluir que os custos de transação serão mais baixos quanto menor o grau de assimetria informativa entre os consortes, quanto mais claros e simples os direitos em discussão e quanto mais amistosos os divorciandos forem. Ao revés, serão os custos de transação mais altos quanto mais acentuada a assimetria informativa, mais complexa a legislação atinente à matéria e mais beligerantes os ânimos dos contratantes, assumindo-se que sempre há um limiar entre as regiões em que as negociações funcionam e não funcionam, a depender dos custos de transação presentes na hipótese.

Os custos de transação podem ser também endógenos ao ordenamento jurídico, podendo as normas jurídicas, portanto, diminuir os obstáculos de uma negociação privada. Assim, sugere o teorema normativo de Coase⁴¹ que uma estruturação clara da lei é capaz de remover os impedimentos aos acordos privados, impondo ao Estado essa tarefa a fim de que se reduzam os custos transacionais, “lubrificando” o intercâmbio entre as informações das partes⁴².

Um terreno fértil em exemplos trata da fixação de pensão de alimentos entre os cônjuges por parte do Judiciário. O desconhecimento quanto à durabi-

40 COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito e economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 106.

41 “Normativo” porque oferece orientação prescritiva para os legisladores, inspirado em Coase, na medida em que o intercâmbio privado, em circunstâncias apropriadas, pode alocar direitos jurídicos eficientemente.

42 COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito e economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 111.

lidade de sua vigência e mesmo em relação à sua definição jurídica pode fazer com que os contratantes incorram em erros de alocação de tempo e tarefas durante o relacionamento, equívocos esses passíveis de serem evitados a partir da redação de textos legais mais claros e concisos.

Nessa perspectiva, uma clara e didática especificação de cada um dos regimes de bens e do alcance do conteúdo do pacto antenupcial muito viria a contribuir para a redução de assimetria informativa entre os divorciandos, já que, enquanto confusas e nebulosas tais disposições legais, não raro um dos contratantes privilegia-se de sua melhor interpretação em detrimento da ignorância do companheiro, o que oportuniza a adoção de práticas oportunistas.

Indo mais além: fosse a elaboração do pacto antenupcial etapa imprescindível do processo de habilitação ao casamento (como condição *sine qua non* à sua celebração), para não mais figurar, no ordenamento jurídico, um “regime legal” de bens (cuja aplicação ocorre diante da inércia do casal na escolha de um regime), ou seja, impondo-se o diálogo prévio dos nubentes acerca do regime a ser eleito, estar-se-ia a incitar a exploração e o estudo do alcance do instrumento pactício, fomentando, ao fim e ao cabo, uma eventual e futura partilha de bens consentânea às expectativas e interesses do casal.

Pode-se afirmar que a análise econômica do Direito sugere a estruturação de textos legais de fácil compreensão pelos leigos, tornando-lhes aptos a, se não compreenderem com exatidão a norma incutida nos dispositivos legais, não incorrer em graves erros de interpretação ou confusões conceituais, o que tende a majorar indesejados custos de transação futuros.

Vejam, portanto, que a estruturação de leis que interagem nas soluções conferidas ao divórcio, bem como sua interpretação e aplicação por parte dos juristas, em muito afeta o comportamento dos agentes. Sua clara e sistematizada formulação capacita as partes a chegarem a um eficiente acordo, quando que, ao contrário, sua nebulosidade, contradição e linguagem exageradamente técnica impõem custos de transação altos o suficiente a ponto de obstar uma solução amigável, fazendo com que os contratantes tenham de submeter o desfecho das decorrências jurídicas da dissolução do contrato ao que a lei disponha e ao que o aplicador repete conveniente no momento oportuno ao julgamento, independentemente do grau de eficiência e forma de alocação das riquezas conjugais no caso concreto.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou abordar o pacto antenupcial no Brasil à luz do Direito e Economia – *law and economics* –, enfrentando as principais contribuições desse ferramental ao estudo do instrumento e sugestões acerca de sua melhor utilização prática.

Analizou-se, inicialmente, o instrumento sob uma perspectiva jurídica, de modo a esclarecer qual o efetivo alcance do pacto antenupcial e requisitos para sua validade e eficácia. Após, citou-se os perfis dos casais que mais frequentemente aderem ao instrumento, verificando-se, ainda, que sua tímida utilização decorre, principalmente, de dois fatores: *i*) pouco valor atribuído ao pacto (decorrente da ignorância quanto às suas funcionalidades) e *ii*) subestimação, pelos agentes, da real probabilidade do divórcio.

No que tange ao seu papel como redutor dos custos de transação, especialmente na fase do divórcio, concluiu-se que uma correta exploração do pacto antenupcial atua como possível remédio *ex ante* o surgimento da problemática da assimetria informativa entre o casal, mitigando seus efeitos e aproximando-o em relação a suas reais expectativas e temores, o que vem a contribuir na erradicação (ou mitigação) de possíveis fraudes patrimoniais no âmbito conjugal, bem como da discrepância de entendimento quanto ao formato de partilha de bens, pensão de alimentos e aspectos correlatos.

Dessa forma, o instrumento pode ser visto como importante auxiliar à promoção de decisões judiciais mais eficientes, já que embasadas no “estatuto patrimonial” elaborado pelo próprio casal, reduzindo, assim, os custos de transação atrelados a essa etapa.

Para tanto, o estudo do teorema de Coase ilustrou, de forma deveras objetiva, o emprego da *law and economics* à presente temática, ilustrando a aplicação de institutos da economia para melhor compreensão e aplicação do direito de família.

Sugeriu-se, por fim, que a elaboração do pacto antenupcial passe a ser etapa imprescindível do processo de habilitação ao casamento (como condição *sine qua non* à sua celebração), para não mais figurar, no ordenamento jurídico, um “regime legal” de bens (ou seja, que se aplique diante da inércia do casal na elaboração de pacto antenupcial), o que, crê-se, contribuirá significativamente à redução dos litígios no âmbito do direito de família no Brasil.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*. Lisboa: Almedina, 2007.
- BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. *Regime de bens no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CANTWELL, William P. Premarital Contracting: Why and When. *HeinOnline* – 8 J. Am. Acad. Matrimonial Law, p. 45, 1992.
- CARDOSO, Fabiana Domingues. *Regime de bens e pacto antenupcial*. São Paulo: Método, 2010.
- COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito e economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Disposições gerais dos regimes de bens e pacto antenupcial. In: FUJITA, Jorge Shchiguemitsu; SIMÃO, José Fernando; ZUCCHI, Maria Cristina (Coord.). *Direito de família no novo milênio*. São Paulo: Atlas, 2010.

GOMES FERREIRA, Cristiana Sanchez. A desconsideração da personalidade jurídica na partilha de bens conjugais sob o viés da *law and economics*. In: DA ROSA, Conrado Paulino; THOMÉ, Liane Busnello (Coord.). *O Direito do lado esquerdo do peito – Ensaios sobre direito de família e sucessões*. Porto Alegre: Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM/RS), p. 223-236, 2014.

_____. *Análise econômica do divórcio: contributos da economia ao direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

HAUPT, Erika L. For better, for worse, for richer, for poorer: premarital agreement case studies. *HeinOnline* – 37 Real Prop. & Tr. J., p. 29, 2002-2003.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MAHAR, Heather. Why there are so few prenuptial agreements? Disponível em: <http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/436.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2014.

MARGULIES, Sam. The psychology of prenuptial agreements. *HeinOnline* – 31 J. Psychiatry & L., p. 415, 2003.

MCKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MOLHO, Ian. *The economics of information – Lying and cheating in markets and organizations*. USA: Blackwell Publishers, 1997.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PETERS, Elizabeth. Marriage and divorce: Informational constraints and private contracting. In: *The American Economic Review*, published by American Economic Association, v. 76, n. 03, p. 438.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*. 28. ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004.

SION, Michael. Money and marriage: how to choose a financially compatible spouse. Disponível em: <<http://www.aier.org/sites/default/files/publications/EB201012.pdf>>. Acesso em: 9 mar. 2014.

ZUCCHI, Maria Cristina (Coord.). *Direito de família no novo milênio*. São Paulo: Atlas, 2010.

Adoção *Intuitu Personae*: a Prevalência do Afeto

CLAUDIO GOMES DE OLIVEIRA

Advogado, Especialização em Direito Especial da Criança e do Adolescente, Família e Idoso pela UERJ, atuante na área de Direito de Família e Cível.

RESUMO: Os legisladores brasileiros não veem com bons olhos a adoção *intuitu personae*, embora não apresentem nenhum motivo concreto para tal resistência. Este artigo apresenta o conceito, a efetivação de todo o processo da adoção *intuitu personae*; a prioridade do cadastro de adoção, em detrimento do melhor interesse da criança e do adolescente; a adoção “à brasileira”, que geralmente é confundida com a *intuitu personae*; e, por fim, um caso conhecido de sucesso. Assim sendo, este artigo tenta esclarecer e desmistificar a adoção *intuitu personae*, com o intuito de que ela venha a ser priorizada, face às suas vantagens no que tange à celeridade, à desburocratização do processo e ainda, por fim, à utilização distorcida e desumanizada do Cadastro de Habilitados à Adoção – e, principalmente, por ser tal modo de adoção o que mais, senão o único, traduz, na sua essência, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

PALAVRAS-CHAVE: Adoção *intuitu personae*; família; Estado; convivência familiar; direito fundamental; doutrina da proteção integral; princípio do melhor interesse.

ABSTRACT: Brazilian scholars do not see with good eyes, the *intuitu personae* adoption, though not present any concrete reason for such resistance. This article presents the concept, the execution of the whole process of personal intuition adoption; the adoption of the registration priority to the detriment of the best interests of children and adolescents; adopting “the Brazilian”, which is often confused with the *intuitu personae*; and finally a known case of success. Therefore this article attempts to clarify and demystify the adoption personal intuition, in order that the same will be prioritized, given its advantages when it comes to speed, the bureaucracy of the process, and on an end to distorted and dehumanized use of registration eligible for adoption. And mainly because it is such adoption so, what else, if not the only, translate in essence the principle best interest of the child and adolescent.

SUMÁRIO: 1 Tentativa conceitual; 2 A efetivação do processo; 3 O cadastro de habilitados à adoção; 4 Adoção “à brasileira”; 5 Adoção internacional; 6 Guarda compartilhada; 7 Uma estória de sucesso; Conclusão; Referências.

1 TENTATIVA CONCEITUAL

A adoção *intuitu personae* consiste na escolha, pelos pais biológicos, dos pais adotivos para seu(s) filho(s).

Em que pese o risco de ocorrerem práticas ilícitas, como a “venda de crianças”, ainda sim tal modalidade de adoção poderia ser de grande valia no que tange ao princípio do melhor interesse da criança. Mormente no Brasil, face à atual crise ética, não existiria sistema imune a críticas e desvios.

Na adoção *intuitu personae*, os pais biológicos, em tese, ficariam mais seguros, sabendo qual família iria adotar seu(s) filhos(s), inclusive a escolhendo e exercendo a fiscalização sobre a criação deles junto à família escolhida – ao revés do que ocorre atualmente, em que, na maioria das vezes, as crianças ou adolescentes ficam abrigados durante anos.

Por outra vertente, temos no Brasil a cultura da “adoção às avessas”, em que se escolhe uma criança para a família ou pessoa habilitada, o “princípio do melhor interesse dos adotantes”, ou seja, o “modelo de criança ou adolescente” que seja mais adequado aos adotantes. Assim, é desnecessário mencionar que deveria ser justamente o oposto.

No caso da adoção *intuitu personae*, a essência do instituto da adoção restaria inteiramente preservado, posto que seria a escolha da família ou pessoa habilitada mais adequada para criança ou adolescente. E isso sempre na esteira do melhor interesse da criança e do adolescente, não se podendo olvidar que, em tese, ninguém melhor que os pais biológicos para escolherem os pais adotivos para seus filhos.

2 A EFETIVAÇÃO DO PROCESSO

Consiste em uma modalidade de adoção em que há intervenção dos pais biológicos do adotado, mas, notadamente, no que tange à escolha dos pais adotivos. Assim, ao ser ajuizada a ação de adoção, já teria ocorrido a escolha dos pais adotivos pelos pais biológicos.

Em regra, todo o processo de escolha e entrega da criança aos pais socioafetivos ocorre sem a intervenção dos profissionais que compõem a justiça da infância e juventude. O contato entre a mãe biológica e o(s) adotante(s) ocorreria durante toda a gravidez, inclusive, em muitos casos, com assistência à gestante.

Quanto à sociedade, faz-se necessário que ela pare de ver as pessoas que entregam seus filhos à adoção como criminosos, pessoas sem caráter etc. A uma, porque são detentores do poder familiar em relação aos seus filhos; a duas, porque muitas mães entregam seus filhos à adoção em um *gesto de amor*, ou seja, por perceberem que não possuem condições de zelar e manter sua prole de modo satisfatório, e também por questões financeiras, emocionais, enfim, por vários motivos dissociados da falta de amor ou caráter.

Porém, a tendência é não reconhecer o direito de a mãe *escolher* os pais do seu filho. Aliás, dar um filho à adoção é o maior gesto de amor que existe: sabendo que não poderá criá-lo, renunciar ao filho, para assegurar-lhe uma vida melhor da que pode lhe proporcionar, é atitude que só o amor justifica! (DIAS, Maria Berenice, 2015: 496)

Ressalta-se ainda, que não deveria haver qualquer tipo de óbice quanto ao direito da mãe de escolher a quem entregar seu filho, posto que a lei (art. 1.729 do Código Civil) assegura o direito de os pais nomearem tutor aos filhos, ou seja, com quem os mesmos ficarão após sua morte. Não há fundamento em não aceitar a escolha dos pais adotivos, que nada mais seriam do que “tutores de filhos de pais vivos”.

Adoção dirigida ou intuitu personae. Cadastro de adoção. Requerentes. Habilitados. Ordem cronológica. Inobservância. Inexistência de ilegalidade [...] E nada, absolutamente nada impede que a mãe escolha quem sejam os pais de seu filho. Às vezes é a patroa, às vezes uma vizinha, em outros casos um casal de amigos que têm uma maneira de ver a vítima, uma retidão de caráter que a mãe acha que seriam os pais ideais para o seu filho. [...] (STJ, AgRg-MC 15.097/MG, Rel. Min. Massami Uyeda, J. 05.03.2009)

Não se olvida que o princípio do melhor interesse da criança seria bem mais preservado se a mãe desesperada entregasse seu filho para adoção ao invés de abandoná-lo, por exemplo, em uma lixeira. Outrossim, não se pode ignorar que a grande maioria das mães abandonam seu rebento em qualquer lugar, face à total falta de informação. Muitas temem ser presas ao entregar seu filho a uma autoridade para que ele seja encaminhado à adoção.

E, ainda, seria menos doloroso à mãe biológica entregar seu filho para ser adotado por uma família conhecida, onde teria certeza de que seu filho seria bem cuidado e amado. Quem sabe, poderia até visitá-lo e acompanhar seu crescimento de perto. Não sendo raras as situações de outrora, quando mães pobres deixavam seus filhos para serem criados por pessoas mais abastadas (“filhos de criação”). Permanecem, assim, em muitos casos, próximos de seus filhos, inclusive como empregados dos pais adotivos de seus filhos.

E, por fim, cabe ressaltar que, na adoção *intuitu personae*, além da confiança no que tange aos pais adotivos, ainda seria evitada toda a burocracia de um Juízo da Infância e Juventude emperrado por um grande número de processos, e muitas vezes lento face ao descaso de seus profissionais, em todas as áreas.

É certo que, nessas hipóteses, o que menos se respeita é o melhor interesse da criança e do adolescente, que, na maioria das vezes, passam anos institucionalizadas, quando o máximo por lei seriam *dois anos* (art. 19, § 2º, do ECA), perdendo totalmente a referência familiar.

3 O CADASTRO DE HABILITADOS À ADOÇÃO

Atualmente existe uma exacerbada tendência de priorizar a lista de preferência, ou seja, o cadastro de pessoas habilitadas à adoção (art. 50 do ECA), não se admitindo a adoção por pessoas não inscritas. É certo que tal prioridade acaba por muitas vezes ignorando os laços afetivos que a criança possui com

outra família, violando o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, bem como o princípio da prioridade absoluta.

Por outra vertente, há de se considerar que, em muitas situações, as pessoas ou famílias são premiadas com a guarda de uma criança ou adolescente, e, pelo fato de nunca terem pensado no assunto “adoção”, por óbvio não se cadastraram nos termos do ECA – embora isso não seja motivo para ignorarem-se fortes laços de afeto que aquela pessoa ou família estabeleceu com criança ou adolescente durante a guarda de fato.

Face à interpretação literal da lei, sem ponderações ou adequações ao caso concreto, não raro temos notícias de crianças e adolescentes que foram retirados de famílias as quais mantinham laços afetivos, em prestígio à “ordem da lista”, sendo entregues a pessoas totalmente desconhecidas delas.

Felizmente já existe entendimento de que, não havendo risco para criança ou adolescente, deve ser prestigiado o período de convivência, ainda que guardião não esteja cadastrado à adoção.

Outra situação favorável à adoção *intuitu personae* é quando ela ocorre de forma oblíqua, ou seja, quando a criança tem mais de 3 (três) anos de idade e já está sob a guarda de fato de uma família substituta, a tempo suficiente para estabelecer laços de afinidade (*art. 50, § 13, III, do ECA*). Nesses casos, a referida família substituta poderá ter adoção deferida, ainda que não esteja inscrita no cadastro de pessoas habilitadas à adoção.

Não sendo demais lembrar que, nos termos do *art. 166 do ECA*, os genitores podem confiar legalmente a guarda de seus filhos a terceiros. Feito isso, só resta aos pais escolhidos esperar que a criança tenha idade superior a três anos para pleitear a adoção dela.

Confirma-se, infelizmente, o ranço cultural de que no Brasil, em muitos casos, é mais fácil se chegar ao resultado por via oblíqua do que por via direta.

4 ADOÇÃO “À BRASILEIRA”

A adoção “à brasileira” não pode ser definida como uma modalidade de adoção, posto que se trata de registro de filho alheio como próprio, o que, na realidade, é crime previsto no *art. 242 do Código Penal*.

Cabe ainda lembrar que tal registro é nulo, pois trata-se de uma declaração falsa de vontade, podendo ser desconstituído a qualquer tempo.

Infelizmente as pessoas recorrem a esse artifício, pois temem que, ao ajuizar uma ação de adoção para “legalizar” a guarda de fato que já possuem face a uma criança ou adolescente, estes lhes sejam retirados em decorrência do respeito à ordem estabelecida no cadastro de habilitados à adoção. Como se as relações de afeto e afinidade obedecessem a alguma ordem lógica.

Assim sendo, enquanto alguns operadores do Direito ou outros profissionais envolvidos no processo de adoção priorizarem, de forma burocrática e fria, o cadastro, ainda haverá muitas adoções ilegais. É certo que, entre perder uma criança ou adolescente amado e cometer um “pequeno crime”, as pessoas tendem a optar pela segunda hipótese, por certo. Mormente é sabido que, se tal registro for efetivado por motivo nobre, o fato deixa de ser considerado crime.

5 ADOÇÃO INTERNACIONAL

No caso da adoção internacional, começam a fazer sentido os óbices impostos à adoção *intuitu personae*, face às cautelas que a situação exige, senão vejamos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seus arts. 50 a 52, estabeleceu condições específicas, bem como requisitos mais rigorosos do que aqueles para adoção de crianças e adolescentes por brasileiros.

Tal rigor tem duas finalidades precípuas: assegurar a adaptação da criança ou adolescente em famílias de cultura, língua e costumes diferentes, e, por outro lado, buscar impedir problemas graves, como o tráfico de menores, a exploração sexual e outros riscos que se agravam quando a criança ou adolescente saía das fronteiras do país.

Assim, tais requisitos, somados à necessidade da chancela do Poder Público do país de origem dos adotantes (certificado de habilitação à adoção do país de origem), parecem suficientes para evitar a exposição do menor a situações de perigo grave.

6 GUARDA COMPARTILHADA

À luz do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e da doutrina da proteção integral, poderíamos ir mais longe e, além de regulamentarmos a adoção dirigida, regularmos também a guarda compartilhada dos pais adotivos junto com os pais biológicos, com fundamento no conceito esposado pelo direito das famílias, sobre *filiação pluriparental*. Esse tema já foi abordado pela doutrina e jurisprudência pátrias.

Esta é uma realidade que a justiça começou a admitir, o estabelecimento da filiação *pluriparental* quando verificada que a posse do estado de filho, sem excluir o vínculo com o genitor. [...] Foi acolhida a ação declaratória de maternidade socioafetiva com a *inclusão* no registro do nome de quem criou os autores [...] sem a exclusão do nome da mãe que faleceu no parto. (DIAS, Maria Berenice, 2015, p.)

Recurso especial. Ação declaratória de maternidade c/c petição de herança. Pretensão de reconhecimento *post mortem* de maternidade socioafetiva, com a manutenção, em assento de nascimento, da mãe registral. (STJ, REsp 1.328.380/MS, 3ª T., Rel. Marco Aurélio Bellize, J. 21.10.2014)

Maternidade socioafetiva. Preservação da maternidade biológica. Respeito à memória da mãe biológica. A formação da família moderna não consanguínea tem sua base na afetividade e nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. (TJSP, AC 006422-26.2011.8.26.0286, Rel. Alcides Leopoldo e Silva Junior, J. 14.08.2012)

Assim sendo, a *guarda compartilhada* na adoção *intuitu personae* seria uma grande inovação no Direito brasileiro. Essa inovação é bem-vinda, face à necessidade de viabilizar o nobre instituto da adoção.

Cabe ressaltar que tal tipo de adoção seria analisado à luz do caso concreto, cabendo ao Ministério Público e ao juiz opinarem e decidirem respectivamente, de acordo com o melhor interesse da criança e do adolescente.

Por fim, com tal flexibilização, menos crianças ficariam acolhidas na angustiante espera pela felicidade e pelo amor de uma família. Por conseguinte, teríamos menos jovens infelizes e sem amor, trilhando pelo caminho errado, uma vez que não tiveram uma família que lhes amasse, orientasse e cuidasse na direção de um pleno desenvolvimento como pessoa humana.

7 UMA ESTÓRIA DE SUCESSO

Durante o curso de pós-graduação em Direito Especial da Criança e do Adolescente, Família e Idoso, realizado pela UERJ, conheci uma moça que, por sorte minha, era colega de turma. Essa moça narrou, em uma das aulas, que havia sido adotada e que sua adoção teria sido “à brasileira”. Ou seja, ela era filha de uma empregada doméstica que trabalhou na casa de sua mãe adotiva. Quando nasceu, foi registrada como filha de sua mãe adotiva.

Porém, o que é importante ressaltar é que, apesar da adoção ter sido “à brasileira”, ela se mostrou muito feliz, realizada e amada. No seio da família socioafetiva, estudou e obteve a graduação em Direito em excelente universidade do estado do Rio de Janeiro. Relatou, também, que foi muito amada pela família adotiva e que sua mãe adotiva a incentivava a visitar e a manter os vínculos com a mãe biológica.

Assim, durante o período em que a mãe biológica trabalhou na casa da mãe adotiva dessa moça, embora ainda não prevista em lei, ficou configurada a guarda compartilhada entre mãe adotiva e mãe biológica.

Em síntese: em que pese todo preconceito e vedação legal à adoção “à brasileira” e à adoção *intuitu personae*, tivemos, nesse caso, uma adoção que foi um sucesso em todos os sentidos, posto que cumpriu sua função protetiva, bem como priorizou o princípio do melhor interesse da criança.

CONCLUSÃO

Por fim, com a regulamentação da adoção dirigida, ela seria fiscalizada pelo Ministério Público, e os pais ficariam mais tranquilos quanto ao futuro dos filhos. As chances de felicidade para os adotados seria sensivelmente maior, bem como eles não ficariam anos acolhidos à espera da tramitação lenta dos processos de adoção, ou, até mesmo, de interessados para adoção de determinado “perfil” de criança, como se fossem produtos de consumo.

E ainda se evitariam as adoções “à brasileira”, ressaltando que existem muitos casos de sucesso nesse tipo de adoção. Na realidade, ela só peca pelo fato de ter a conduta criminalizada pelo nosso Código Penal (art. 242).

Os vários entraves burocráticos, previstos em lei, além de um Judiciário lento, acompanhado da mais completa falta de estrutura do Poder Público em geral. [...] Atualmente, vedada que foi, pela edição da Lei nº 12.010/2009, a denominada *adoção dirigida ou específica*, que permite aos pais entregar a um interessado, diretamente, o seu filho para ser adotado, ainda mais casos de adoção à brasileira surgirão. [...] melhor interesse da criança ou adolescente deve prevalecer, não anulando o registro civil feito na base da referida adoção à brasileira. (NUCCI, Guilherme de Souza, 2015, p.)

Assim sendo, entendo que a adoção dirigida solucionaria os entraves, bem como viabilizaria, sobremaneira, as adoções, sendo de grande valia ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Afinal, o bem-estar da criança e do adolescente impõe-se sobre qualquer restrição, muitas vezes irrelevante. E, ainda, na adoção dirigida, teríamos a essência do instituto da adoção, ou seja, a escolha de uma família para criança e não como atualmente acontece, em que as famílias habilitadas é que escolhem a criança, como se fosse um produto de consumo (tenra idade, determinado sexo, cor dos olhos etc.). Sendo assim, prioriza-se, na maioria das vezes, “o melhor interesse dos adotantes”.

REFERÊNCIAS

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de direito da criança e do adolescente*. São Paulo: Saraiva, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

KUSANO, Suely Mitie. *Adoção de menores. Intuitu personae*. Curitiba: Juruá, 2011.

Direito de Família à Luz da Constelação Familiar e do Direito Sistêmico

HÉLIO APOLIANO CARDOSO

Advogado, Membro do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB/CE (período 2001 a 2003), com aperfeiçoamento em Direitos Humanos e Direitos dos Cidadãos pela PUC-Minas, The British Council e Foreign & Commonwealth Office, Parecerista de Direito Privado, Colaborador da Rádio Justiça. Escritor Jurídico com várias obras publicadas.

Essa breve teoria, face a sua importância no cenário do direito de família atual, merecerá curta mas profunda reflexão.

O direito de família engloba todos os tipos de relacionamento (união) entre um homem e uma mulher; entre dois homens ou entre duas mulheres para a formação de uma entidade familiar, sem qualquer discriminação, sem esquecer que esta é repudiada pela Constituição Federal.

Quando nas relações anteriormente descritas se tem filhos, por qualquer de suas modalidades, a situação ganha nova dimensão, passando a ser uma verdadeira constelação familiar, com todas as suas particularidades e controvérsias.

Na ocorrência de litígios, com existência de filhos, às vezes se faz necessária a emissão de relatórios sociais psicológicos, além de outras medidas e estudos sociais, tudo direcionado no sentido de bem mostrar e descrever a real situação do ambiente familiar.

O lado psicológico do drama familiar nunca deve, ou pode, ser esquecido, principalmente a felicidade do filho, que certamente se traduz pela forma que é tratado e recebe os cuidados básicos e necessários para ter um bom desenvolvimento psicoafetivo.

Ressentimentos e mágoas potencializam sim conflitos que podem terminar por influenciar de forma negativa o contexto familiar e socioafetivo da criança, podendo comprometer o futuro, inclusive intelectual.

De notar sempre o aspecto dos relacionamentos interpessoais mantidos entre os sujeitos parciais e a constelação familiar, que formam uma rede de apoio aos filhos menores e maiores, sempre vislumbrando os aspectos sadios, positivos, corretos e autênticos, interessados em motivar e preencher a vida da criança com ações assentadas na proteção, cuidados, atenção, carinho e principalmente amor.

Fica evidenciado, assim, que o ambiente psicológico gerado pela constelação familiar trará consequências positivas ou negativas no presente e com reflexos para o futuro, dependendo de como serão enfrentados os problemas e as vicissitudes que a vida moderna nos apresenta.

CONSTELAÇÃO FAMILIAR

O tema objeto deste tópico diz respeito à dinâmica criada pelo teólogo, filósofo e psicólogo alemão Bert Hellinger.

Traduzindo-se de forma simples, podemos dizer que a constelação familiar nada mais representa do que vislumbrar sempre todo o corpo social da família, para a solução dos problemas desta, seja no campo da própria família, seja no âmbito do Judiciário.

A constelação familiar, assim, busca agregar todo o ceio familiar, bem como convocar pessoas alheias à família para, em conjunto e observando sempre o crescimento e o aperfeiçoamento da família, na busca frenética e sem fim de solução dos problemas que todas as famílias encaram na trajetória da vida, sempre na busca da harmonia entre as pessoas.

Inegável que o sistema em estudo pode sim contribuir fortemente para o fim do conflito, impactando tanto os atores diretos quanto os envolvidos indiretamente na causa, como filhos e família.

ADOÇÃO PARA SOLUÇÃO DE OUTROS PROBLEMAS

Nos últimos anos, essa técnica vem sendo direcionada também aos adolescentes envolvidos em uma gama de atos infracionais, como processos de adoção e autores de violência doméstica.

A busca de uma solução pacífica dos dramas sociais, em que todos os profissionais devem ser convocados para o encontro do melhor para todos, pode conduzir para uma verdadeira pacificação, inclusive impedir mais violências.

Nesses casos, não é recomendável que o indivíduo, na sua forma solitária, seja levado em consideração, vez que a vida sempre representa, queira ou não, um sentimento global de ideias e ideais, em que todos devem convergir para o encontro da paz social.

Não adianta simplesmente ver parte do problema se a solução passa, obrigatoriamente, pelo corpo social, pela família, em que a constelação familiar impõe boas regras para enfrentar os dilemas da sociedade, uma vez que, quando o remédio não é corretamente aplicado, o mal persistirá, no caso, o mal social trará os mesmos transtornos, sem esquecer que até mesmo um processo judicial dificilmente resolverá, somente ele, essa realidade complexa, que exige a convocação e a ajuda de todos.

A constelação familiar pode ser, assim, uma reunião, uma convocação para debate dos problemas acerca dos vínculos familiares, as causas das crises nos relacionamentos e a melhor forma de lidar com esses conflitos e principalmente tentar solucioná-los.

Encontrado o problema, passa-se ao momento posterior da meditação, para que cada um dos sujeitos parciais avalie seus sentimentos, inclusive os mais ocultos, cujo fim é mesmo encontrar e saber diluí-los frente a uma possível solução.

A missão maior é, inegavelmente, encontrar o cerne do problema e saber como enfrentá-lo e solucioná-lo.

As fraquezas e as limitações humanas não podem deixar de ser abordadas, nem esquecidas, para que todos saibamos que cada indivíduo, que representa um mundo, um todo, possa muito bem, após fazer uma reflexão global, zetética do seu eu, inclusive frente ao outro ser humano, arrefecer os sentimentos de mágoa, às vezes de ódio, e encontre, no outro, o seu eu de amor.

Concordo com Sami Storch, quando diz que a constelação familiar é um instrumento que pode melhorar ainda mais os resultados das sessões de conciliação, abrindo espaço para uma justiça verdadeiramente humana e eficiente na pacificação dos conflitos.

Por isso mesmo é que o sistema em debate pode e deve ser posto em prática para solução de conflitos familiares, sempre com determinação e levando em conta da fragilidade humana e seus encantos e desencantos, buscando fortalecer a personalidade das pessoas, na busca de um indivíduo que saiba viver em harmonia na comunidade, tão carente de amor e solidariedade, sem esquecer que nós precisamos ver nos outros o que nós somos.

DIREITO SISTÊMICO

Dentro desse mesmo contexto, temos o direito sistêmico, que tem como uma das bases a consideração pela pessoa e pela bagagem que ela traz (família).

Nenhum indivíduo pode ser tratado isolado, ele tem que ser encarado como um sistema, formado por ele próprio, pelo pai, pela mãe e por todo o corpo social, importante para a formação da personalidade humana. Se queremos conhecer alguém, ou a nós mesmos, precisamos assimilar a origem desse ser. Todos gostam de ser reconhecidos. Muitas pessoas ingressam com processos na justiça por conta de um motivo, às vezes banal e sem nenhuma justificativa.

Porém, quando é feita a análise mais profunda, é possível verificar que o problema maior é que elas podem ter sido desconsideradas pelo outro ou sofreram um gesto de não reconhecimento, formando-se uma parede concreta de mágoas, a qual, às vezes, é de difícil remoção.

Evidente que um simples gesto de reconhecimento às vezes pode resolver uma lide. O verdadeiro conciliador sabe que precisa conversar com as partes, enxergar a situação além da pessoa e realmente entender o problema pelo que ela está passando.

Por isso mesmo é que a pretensão desta nova face do Direito é ousada e utiliza técnicas das constelações familiares, especialmente nos processos de família, sem esquecer que somos eternos aprendizes e todo dia nos deparamos com novos problemas e desafios que requerem soluções, sempre humanas, verdadeiramente humanas.

A nova técnica exige a participação de toda a família, pois não basta ajudar o ser, mas tem que tratar todo o sistema.

REFERÊNCIAS

1. <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62242-juiz-consegue-100-de-acordos-usando-tecnica-alema-antes-das-sessoes-de-conciliacao>
2. <http://www.amb.com.br/novo/?p=27351>
3. <https://direitosistematico.wordpress.com/2016/02/21/curso-de-direito-sistematico-para-magistrados-e-servidores-do-tjmt/>
4. <https://m.youtube.com/watch?v=NJYjPkPSHT0>
5. <http://youtu.be/-zu2jOxsqQ4>
6. http://jcrs.uol.com.br/_conteudo/2016/03/cadernos/jornal_da_lei/489426-tecnica-psicoterapeutica-de-solucao-de-conflitos-ganha-espaco-no-judiciario.html

Alienação Parental: a Questão Legal e o Vínculo Afetivo

MARIA GORETE TAVARES¹

Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes, Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes, Graduada em Direito pelo Instituto Machadense de Ensino Superior – Fundação Machadense de Ensino Superior (IMES-FUMESC), Graduada em Letras pela Fundação Educacional de Machado, Escrivã Judicial do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Aspectos gerais; 2 Condutas características do alienador; 3 Alienação parental sob a égide da Lei nº 12.318/2010; 4 Efeitos da alienação parental na vítima e o papel da equipe multidisciplinar; 4.1 O papel do advogado; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

Alienação parental refere-se à situação em que o alienador induz a criança ou adolescente a romper os laços afetivos com o outro genitor, criando fortes sentimentos de ansiedade e temor em relação a ele. Tais situações estão associadas à ruptura do relacionamento entre os genitores do menor e a um forte sentimento de vingança do alienador, que poderá ser um dos genitores, avós ou qualquer pessoa que tenha autoridade sobre a vítima.

Este artigo abordará a questão da alienação parental em seus aspectos gerais, as condutas que podem caracterizá-la e os efeitos causados na vítima. Além disso, analisará a Lei nº 12.318/2010, que regulamenta o assunto, enfatizando a importância do trabalho multidisciplinar no acompanhamento e diagnóstico dessa prática tão condenável.

1 ASPECTOS GERAIS

Síndrome de Alienação Parental (SAP) é o termo proposto pelo psiquiatra americano Richard Gardner em 1985 para a situação em que há, conforme art. 2º da Lei nº 12.318/2010, “interferência na 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 o outro genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este”. Para Jorge Trindade, trata-se de programar a criança para odiar, sem justificativa, um de seus genitores, cuidando a própria criança de contribuir na trajetória de desmoralização desse genitor.

1 Currículo lattes: <<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K8153668Y1>>.

Embora a conceituação seja recente, as situações que caracterizam a alienação parental são observadas há tempos e são cada vez mais recorrentes em virtude da intensificação da convivência familiar e da mudança da própria dinâmica familiar experimentada nos últimos tempos, em que não é mais condenável como antes a ruptura do relacionamento afetivo entre o casal, situação essa, dependendo da atitude dos cônjuges, que pode desencadear a prática da alienação parental.

Maria Berenice Dias leciona que a prática de alienação parental está ligada a sentimentos de rejeição, traição e desejo de vingança do cônjuge alienador, que busca comprometer a imagem do outro genitor em um processo de destruição, desmoralização e descrédito em relação a este. Para a desconstrução da imagem do outro, o alienador lança mão de todos os meios possíveis, inclusive a implantação de falsas memórias por meio da narrativa maliciosa de fatos que não ocorreram, ou, pelo menos, não da forma por ele descrita, levando o infante a se convencer da versão que lhe foi implantada, gerando a nítida sensação de que essas lembranças de fato aconteceram. A implantação de falsas memórias pode englobar desde situações de agressão física ou verbal até a gravíssima acusação de abuso sexual. Rolf Madaleno assevera que essa situação pode ocorrer às vésperas de uma separação; após esta; às vésperas do ingresso de ação judicial de guarda ou visitas; e no curso de ação judicial.

Luiz Carlos Furquim Vieira, citado por Jocélia Lima Puchpon Gomes, denomina a alienação parental como *bullying* familiar, pois possui as condutas típicas de *bullying*, por meio da prática de assédio moral, consistente em atos de desprezar, violentar, denegrir e destruir a estrutura psicológica de uma pessoa de forma repetida e sem motivos. A peculiaridade é que tais ações são praticadas no âmbito familiar.

É importante que se coíba a prática da alienação parental, pois o vínculo afetivo entre o casal pode acabar com o término do relacionamento, mas o vínculo entre pais e filhos deve ser preservado, até como forma de atingir o objetivo principal das ações envolvendo direito de família em que há menores, qual seja, atender ao melhor interesse da criança ou adolescente. Nas palavras de Maria Berenice Dias, “o fim do relacionamento dos pais não leva à cisão nem quanto aos direitos nem quanto aos deveres com relação à prole”.

2 CONDUTAS CARACTERÍSTICAS DO ALIENADOR

O parágrafo único do art. 2º da Lei nº 12.318/2010, que dispõe sobre a alienação parental, elenca condutas que a caracterizam. Contudo, esse rol não é taxativo, o que faz com que outros atos possam ser considerados como de alienação parental. São condutas elencadas no aludido artigo:

- Realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

- Dificultar o exercício do direito de visitas e da autoridade parental, bem como o contato da criança ou adolescente com o genitor;
- Omitir informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;
- Apresentar falsa denúncia contra o genitor, familiares deste ou avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;
- Mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

Além dessas, também a caracterizam o fato de apresentar o novo cônjuge como novo pai ou nova mãe; interceptar *e-mails*, telefonemas, pacotes destinados aos filhos; tomar decisões importantes sobre os filhos sem consultar o outro genitor, entre outras.

Há condutas mais graves, que vão desde a obstrução de todo contato com a criança ou adolescente até falsas denúncias de abuso físico, emocional ou sexual.

Saber identificar as condutas é essencial para que se possa prevenir esse tipo de prática e até combatê-la como cidadão, pois, muitas vezes, quando a situação chega ao Judiciário por meio de uma ação, o nível de alienação é tal que se torna difícil reverter o quadro.

3 ALIENAÇÃO PARENTAL SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 12.318/2010

A Lei nº 12.318/2010, que dispõe sobre a alienação parental, não tem caráter punitivo, mas educativo, protetivo e preventivo; inclusive o art. 10, que previa uma tipificação penal, fora vetado.

A referida lei conceitua alienação parental e traz um rol exemplificativo de condutas que a caracterizam. No aspecto procedimental, a ação pode ser proposta de forma autônoma ou incidental, com prioridade de tramitação. As medidas provisórias no caso de indício de alienação parental podem ser tomadas a requerimento ou *ex officio*.

A discussão sobre alienação define a competência de maneira absoluta.

Outro aspecto importante é a questão da abordagem multidisciplinar, pois a constatação efetiva do fenômeno da alienação, bem como a extensão de seus efeitos, necessita da atuação de profissionais da área de Psicologia, Assistência Social, entre outros.

Constatada a alienação parental, o texto legal prevê que o magistrado poderá, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal, advertir o alienador, ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor

alienado, estipular multa, determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial e, em casos mais graves, a suspensão da autoridade parental e a inversão da guarda.

Vale ressaltar que a tomada de medidas preventivas, buscando o melhor interesse da criança ou adolescente, é sempre visada, pois a melhor alternativa é sempre preservar a sua convivência com ambos os genitores.

4 EFEITOS DA ALIENAÇÃO PARENTAL NA VÍTIMA E O PAPEL DA EQUIPE MULTIDISCIPLINAR

Constatar a alienação parental no âmbito do processo judicial é complexo, pois o diagnóstico junto à criança ou adolescente demanda visitas e testes por profissionais especializados visando a identificar a verdade. Não raro, há a suspensão ou monitoração das visitas. Maria Berenice Dias destaca que quase sempre o resultado da série de avaliações, testes e entrevistas que se sucedem durante anos acaba não sendo conclusivo.

A abordagem multidisciplinar envolvendo a ciência da Psicologia, Psiquiatria, Assistência Social, Poder Judiciário, entre outras, dão respaldo ao magistrado na aplicação da lei e na proteção do menor. Contribui também a formação do magistrado para perceber sinais dessa prática e coibi-la.

Constada a alienação, a equipe multidisciplinar buscará reverter o quadro e minimizar os efeitos que alienação parental produziu, que, aliás, são extremamente nefastos para a criança ou adolescente, e seus reflexos podem estar presentes até mesmo na idade adulta.

Os principais prejuízos são de ordem psicológica e emocional, podendo levar ao desenvolvimento de doenças psicossomáticas, depressão, transtornos afetivos e de identidade, comportamento hostil e agressivo, dificuldade de relacionamento e, nos casos mais graves, ao suicídio.

Além disso, a tendência ao alcoolismo e ao uso de drogas também é apontada como consequência da síndrome.

4.1 O PAPEL DO ADVOGADO

Priscila Maria Pereira Corrêa da Fonseca destaca a importância do papel dos advogados ao exercer a profissão com ética de forma a não prejudicar o interesse do menor em nome de suposta defesa dos direitos do progenitor alienador quando este o contratar.

A autora aconselha até mesmo a recusa ao patrocínio em tais situações.

CONCLUSÃO

A alienação parental decorre de vários atos por meio dos quais o alienador visa a destruir a imagem do genitor perante a criança ou adolescente,

causando sentimento de medo e ansiedade em relação a ele, ocasionando o rompimento do vínculo entre a vítima e o alienado.

Embora a prática de alienação parental não seja recente, recebeu a nomenclatura em 1985 e somente em 2010 foi regulamentada no Brasil pela Lei nº 12.318. Tal prática se intensificou com a mudança da estrutura familiar e o rompimento das relações conjugais.

Os efeitos da alienação parental são nefastos e difíceis de ser revertidos, gerando consequências inclusive na idade adulta. Desse modo, torna-se primordial a proteção aos interesses da criança ou adolescente por meio da aplicação da legislação, mas principalmente por meio de uma ação educativa e preventiva, fazendo com que o vínculo entre os genitores e sua prole sejam preservados, independentemente da situação que levou ao rompimento da relação entre seus genitores, em consonância com o caráter educativo, preventivo e protetivo da própria Lei nº 12.318.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Diário Oficial da União, 27 de agosto de 2010, retificado 31 de agosto de 2010.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. Síndrome da alienação parental, o que é isso? *CAO Cível*, Belém, a. 11, n. 15, jan./dez. 2009. Disponível em: <<https://www2.mp.pa.gov.br/sistemas/gcsubsites/upload/25/REVISTA%20DO%20CAO%20CIVEL%2015%283%29.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2013.

FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. Síndrome de alienação parental. *CAO Cível*, Belém, a. 11, n. 15, jan./dez. 2009. Disponível em: <<https://www2.mp.pa.gov.br/sistemas/gcsubsites/upload/25/REVISTA%20DO%20CAO%20CIVEL%2015%283%29.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2013.

GOMES, Jocélia Lima Puchpon. *Síndrome da alienação parental: o bullying familiar*. São Paulo: Imperium, 2011.

MADALENO, Rolf. Síndrome da alienação parental (SAP). In: _____. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

TRINDADE, Jorge. *Manual de psicologia jurídica para operadores do direito*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

Responsabilidade Civil em Razão de Danos Causados pelo Abandono Afetivo Parental

Civil Liability in Damages Caused by Reason of Abandonment Parental Affective

RAFAEL NIEBUHR MAIA DE OLIVEIRA¹

Bacharel em Direito pela Unifebe – Brusque/SC, Especialista pela Uniderp, Advogado inscrito nos quadros da OSB/SC sob o nº 25.993, Professor das Disciplinas de Direito das Obrigações, Responsabilidade Civil, Propriedade Intelectual e Criminologia do IBES/Sociesc – Blumenau/SC, Professor das Disciplinas de Direito Processual Civil V da Unifebe – Brusque/SC, Professor de Pós-Graduação (MBA) junto ao Instituto Valor Humano/Univali das Disciplinas de Contratos Imobiliários e Contratos Agrários, Professor de Pós-Graduação (MBA) junto à Unifebe da disciplina de Procedimentos Especiais (Processo Civil), Professor de Pós-Graduação (MBA) junto ao INPG da Disciplina de Direito Empresarial.

BRUNA MELO

Bacharel em Direito pela Unifebe – Brusque/SC.

RESUMO: Busca-se analisar a responsabilidade civil por abandono afetivo, problematizando se há fundamento jurídico no Direito brasileiro a justificar o dever de indenizar o pai que, em que pese preste auxílio material, negligencie com o dever de carinho e cuidado para com seu filho, privando-o de sua convivência. Para tanto, utilizando-se do método indutivo, operacionalizado por meio de investigação bibliográfica junto à legislação brasileira, bem como as posições doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, verificou-se que, no Direito brasileiro, é cabível a reparação do dano moral praticado pelo pai que viola o direito do filho à convivência familiar, o que se pode considerar ante o posicionamento doutrinário, que, em sua maioria, advoga nesse sentido, em que pese posicionamento minoritário em contrário, para o qual o afeto não deve ser imposto pelo Estado. Observou-se, ainda, que, na jurisprudência brasileira, encontram-se diversos julgados, em sua maioria no sentido defendido pela parcela majoritária da doutrina, de forma que se tem entendido que o filho que sofre danos morais pelo abandono afetivo tem o direito de exigir sua reparação pecuniária junto ao pai que o abandonou.

PALAVRAS-CHAVE: Abandono afetivo; direito à convivência familiar; obrigações parentais; responsabilidade civil.

ABSTRACT: Seeks to analyze the liability for emotional abandonment, questioning whether there is a legal basis in Brazilian law to justify the duty to indemnify the father who, despite provide material help, neglects its duty of care for your child, depriving of their coexistence. Therefore, using the induc-

1 Currículo: <<http://lattes.cnpq.br/9285964965375059>>.

tive method, operationalized through literature research with the Brazilian legislation and the doctrinal and jurisprudential positions on the subject, it was found that, under Brazilian law, is applicable to compensation for moral damage committed by parent who violates the right of the child to family life, which can be considered at the doctrinal position, which mostly advocates accordingly, despite minority position otherwise, for which the affection should not be imposed by the state. It was noted also that under Brazilian law, many tried are mostly in the direction advocated by the majority share of the doctrine, so that it is understood that the child suffering moral damages for emotional abandonment, have the right to require your financial redress from the father who abandoned him.

KEYWORDS: Emotional abandonment; right to family life; parental obligations; civil responsibility.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Desenvolvimento; 1.1 Valor jurídico do afeto; 1.2 Relação de afeto para formação da família; 1.3 Danos decorrentes do abandono afetivo; 1.4 Obrigações parentais; 1.5 A convivência familiar como dever dos pais; 1.6 Responsabilidade civil por abandono afetivo; Considerações finais; Referências.

INTRODUÇÃO

Cuida-se de artigo científico voltado à compreensão de tema afeto às áreas do direito civil, mais especificamente nas áreas de direito de família e responsabilidade civil, e tem por objeto a análise da possibilidade de indenização por danos morais decorrente de abandono afetivo.

O tema em análise merece atenção do meio acadêmico, considerando que os casos de abandono afetivo se apresentam cada vez mais presentes na sociedade, de forma que, em que pesem os direitos da criança e do adolescente, como também os deveres parentais, estarem expressos na legislação brasileira, estes nem sempre são respeitados, podendo causar danos aos infantes, que devem ser protegidos pelo Estado, inclusive por disposição constitucional.

Desta forma, este trabalho pretende examinar, como problema, a viabilidade da reparação civil por danos morais decorrente do abandono afetivo, verificando se a atitude de abandono do pai preenche os requisitos necessários para a configuração da responsabilidade civil, bem como se o abandono em si gera danos à criança passíveis de indenização.

Parte-se da hipótese de que a conduta do pai que abandona afetivamente um filho caracteriza-se como ato ilícito, não pela obrigação do pai em amar o seu filho em si, mas pelas obrigações que lhes devem ser impostas pelo Estado em razão da situação de parentalidade, de forma que eventuais desobediências dos deveres parentais que agridam um direito do filho, causando-lhe danos, faz nascer para este o direito de buscar a respectiva reparação.

Para alcançar o escopo pretendido nesta pesquisa, primeiramente, examinar-se-á o abandono afetivo e suas consequências, evidenciando a importância do afeto nas relações pessoais, principalmente na vida de pessoas que

estão em fase de desenvolvimento, sendo elemento imprescindível no convívio familiar.

Na sequência, apontar-se-ão as obrigações parentais e as sanções cabíveis a quem descumpri-las, especialmente no que se refere ao direito da criança e do adolescente à convivência familiar, que é fundamental para o desenvolvimento sadio do menor. Posteriormente, seguir-se-á com a análise da responsabilidade civil pelo abandono afetivo, analisando de que forma os Tribunais vêm se posicionando quanto ao tema. Ao final do desenvolvimento, serão apresentadas as considerações finais, trazendo as sínteses do resultado da pesquisa e, adiante, as referências.

A metodologia empregada na pesquisa será o método indutivo, monográfico, cuja técnica de pesquisa baseia-se na legislação nacional vigente, como também no estudo de doutrinas e precedentes, buscando conhecer o posicionamento recente dos tribunais sobre o tema.

1 DESENVOLVIMENTO

1.1 VALOR JURÍDICO DO AFETO

Com vistas a iniciar a presente pesquisa, busca-se, nesta etapa inicial, a compreensão do instituto do afeto, cujo significado no contexto do direito de família pode ser encontrado nos dicionários brasileiros. Ferreira conceitua como “afeição, amizade, amor”². Por sua vez, Náufel disciplina que afeto seria “o mesmo que afeição”³, sendo afeição “afeto, sentimento de amizade, simpatia, inclinação afetiva que se sente por alguém”⁴.

Denota-se que, conforme defende Dias⁵, as relações de afeto transcendem os vínculos biológicos, ou seja, que não se delimitam às relações estabelecidas pelo vínculo sanguíneo, mas sim que se estabelecem pelos sentimentos da vivência em comum, como o amor, a empatia, a solidariedade, entre outros citados pela autora. Através desses sentimentos compartilhados de vivência é que se fundam as relações de afeto entre as pessoas, capazes de formar amizades e, principalmente, famílias.

No âmbito jurídico, do afeto decorre o chamado princípio da afetividade, que faz desapontar quaisquer desigualdades de vínculos sanguíneos ou afetivos nas relações familiares:

2 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio século XXI escolar: o minidicionário da língua portuguesa*. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001. p. 20.

3 NÁUFEL, José. *Novo dicionário jurídico brasileiro*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ícone, 1988. p. 93.

4 NÁUFEL, José. Op. cit., p. 93.

5 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 71-72.

É o princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico. Recebeu grande impulso dos valores consagrados da Constituição de 1988 e resultou da evolução da família brasileira, nas últimas décadas do século XX, refletindo-se na doutrina jurídica e na jurisprudência dos tribunais. O princípio da afetividade especializa, no âmbito familiar, os princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da solidariedade (art. 3º, I), e entrelaça-se com os princípios da convivência familiar e da igualdade entre cônjuges, companheiros e filhos, que ressaltam a natureza cultural e não exclusivamente biológica da família. A evolução da família “expressa a passagem do fato natural da consanguinidade para o fato cultural da afinidade” (este no sentido da afetividade).⁶

O afeto como valor jurídico é levado em consideração também na Constituição Federal de 1988, em razão de sua magnitude, tendo, inclusive, proteção jurídica, a exemplo o reconhecimento da união estável como entidade familiar, ficando explícito que o casamento não é imprescindível para que haja afeto entre duas pessoas. Neste sentido, também sendo reconhecido um novo perfil de entidade familiar, qual seja, a eudemista, que defende a felicidade individual, priorizando o afeto como ingrediente fundamental nos vínculos interpessoais, motivando o reconhecimento desse afeto, como ensina Dias, como único modo eficaz de definição de família⁷.

Notoriamente, o princípio da afetividade é regido pelo afeto, que se faz elo basilar para as relações pessoais e familiares, de modo que consegue alcançar todas as diferentes manifestações de se querer formar uma família⁸.

Verifica-se também esse princípio no Código Civil brasileiro, como regra geral, fazendo ser levada em consideração não apenas a verdade biológica, como também os laços afetivos, conforme explica Lôbo:

O art. 1.593 do Código Civil enuncia regra geral que contempla o princípio da afetividade, ao estabelecer que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”. Essa regra impede que o Poder Judiciário apenas considere como verdade real a biológica. Assim, os laços de parentesco na família (incluindo a filiação), sejam eles consanguíneos ou de outra origem, têm a mesma dignidade e são regidos pelo princípio da afetividade. Antecipando a dimensão onicompreensiva do art. 1.593, aludiu-se: “O que merece ser ressaltado, enfim, é o afeto sincero destes homens e mulheres pelos filhos de suas mulheres, independentemente de estarem ligados por qualquer liame de parentesco

6 LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 70.

7 SÁ NETO, Clarindo Epaminondas de. O princípio da afetividade como norte do direito de família no ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em: <<https://repositorio.unp.br/index.php/juris/article/view/323/295>>. Acesso em: 5 jun. 2015.

8 SÁ NETO, Clarindo Epaminondas de. Op. cit.

[biológico] ou de saberem que, ali, a descendência se identifica apenas pela linha feminina, permitindo a emersão de vínculo parental próprio.⁹

Assim, pode-se dizer que a afetividade é a raiz de todo o relacionamento humano, a primeira manifestação do ser com o mundo, do seu envolvimento por meio das emoções. A afetividade influencia no modo como cada ser humano se relaciona consigo mesmo e contribui significativamente para a leitura de mundo individual de cada um. Cuidar adequadamente dessas emoções poderá dar um suporte precioso para uma vida equilibrada emocionalmente; para tanto, o vínculo construído entre pais, mães e filhos será condicionante para um desenvolvimento saudável. E, sendo assim, não pode o ordenamento jurídico ignorar instituto tão importante na sociedade contemporânea.

1.2 RELAÇÃO DE AFETO PARA FORMAÇÃO DA FAMÍLIA

Iniciando-se pela visão da psicanálise, Pereira explica que o que define e contribui para a constituição de uma família é saber o lugar que cada membro da família ocupa, sem necessariamente ser por laços biológicos, como, por exemplo, a adoção. É natural crescer com o desejo de ser amado e querido por aquela família com a qual se convive; afinal, a ela se pertence. Assim, é fundamental que exista alguém para exercer as funções de pai e mãe, suprimindo, dessa forma, as carências do filho: “O que é essencial para a formação do ser, para torná-lo sujeito e capaz de estabelecer laço social, é que alguém ocupe, em seu imaginário, o lugar simbólico de pai e de mãe”¹⁰.

Devido à evolução dos padrões da instituição da família, deixando para trás o modelo tradicional formado apenas pela ocupação do cargo de pai-mãe-filho, o direito de família instalou uma nova ordem jurídica, atribuindo valor jurídico ao afeto, demonstrando-se que as famílias têm novo perfil, que busca concretizar o interesse de se formar um lar, baseado nos interesses afetivos, sendo irrelevante o envolvimento do elemento biológico¹¹.

Na abordagem que Nogueira faz da relação entre pais e filho, expõe-se que o mais importante é zelar pela boa instrução e ter o tratamento carinhoso com a criança do que a definição de pai e filho propriamente dita:

Para a criança, sua simples origem fisiológica não leva a ter vínculo com seus pais; a figura dos pais, para ela, são aqueles com que ela tem relações de sentimento, aqueles que se entregam ao seu bem, satisfazendo suas necessidades de carinho, alimentação, cuidado e atenção.¹²

9 LÔBO, Paulo. Op. cit., p. 72.

10 NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. *A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica, 2011. p. 87.

11 DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 71.

12 NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. Op. cit., p. 86.

Daí se pode entender que a essência de ser família vai muito além da ascendência, pois sua grandeza não se limita à linhagem sanguínea. As relações familiares não se garantem pela ciência, não se determinam pelo sangue; esse vínculo tem um papel definitivamente secundário para a determinação de maternidade ou paternidade. Ser mãe ou ser pai é muito mais nobre do que ter a mesma genética correndo nas veias. Verdadeiros pais “são os que amam e dedicam sua vida a uma criança, pois o amor depende de tê-lo e se dispor a dá-lo”¹³.

É neste alicerce, de ter como valor maior o vínculo do afeto, que Madaleno evidencia a sua importância também na individualidade de cada ser humano:

A sobrevivência humana também depende e muito da interação do afeto; é valor supremo, necessidade ingente, bastando atentar para as demandas que estão surgindo para apurar a responsabilidade civil pela ausência de afeto. Como mostra Giselle Câmara Groeninga: “O amor é condição para entender o outro e a si, respeitar a dignidade, e desenvolver uma personalidade saudável”, e certamente nunca será inteiramente saudável aquele que não pode merecer o afeto de seus pais, ou de sua família e muito mais grave se não recebeu o afeto de ninguém.¹⁴

Denota-se que o afeto é muito mais que o componente primordial para a formação das relações familiares quanto para sua manutenção; é, de fato, o que atribui mais humanidade em cada família, tecendo a chamada família universal, “cujo lar é a aldeia global, mas cuja origem sempre será, como sempre foi, a família”¹⁵.

1.3 DANOS DECORRENTES DO ABANDONO AFETIVO

Ainda não se experimentou para a educação e desenvolvimento pessoal instituto melhor do que a família. Chalita sustenta que “a família tem a responsabilidade de formar o caráter, de educar para os desafios da vida, de perpetuar valores éticos e morais”¹⁶.

A família é o porto seguro, a base da sociedade de preparação para a vida, formação da pessoa e construção do ser e suas responsabilidades. É por meio da vivência familiar, da presença de pai, da presença de mãe ou de qualquer outra pessoa que exerça essas funções que toda e qualquer pessoa desenvolve o seu escudo para lidar com os conflitos necessários e ainda assim permanecer numa vida saudável¹⁷.

13 NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. Op. cit., p. 84.

14 MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 99.

15 SÁ NETO, Clarindo Epaminondas de Sá. Op. cit.

16 CHALITA, Gabriel. *Educação: a solução está no afeto*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Gente, 2004. p. 20.

17 CHALITA, Gabriel. Op. cit., p. 21.

Culturalmente, as pessoas veem com bons olhos quem gere outro ser humano. Ser pai e mãe é bonito, presume o carinho, o amor, a preocupação e dedicação com a criança e é visto como uma verdadeira missão. Porém, uma avaliação feita do mundo de hoje, às vezes, pode ser vista com olhos de desencanto, em que já não é surpresa presenciar casos de pessoas que não estavam preparadas para ter filhos, tampouco coragem para assumi-los, ou casos em que há também o afastamento do casal, e acabam tendo rejeição pela criança e adolescente, juntamente com o descaso e o descuido e, muitas vezes, o abandono¹⁸.

É justamente o abandono que será referência neste momento da pesquisa, especificamente o abandono afetivo. O termo abandono afetivo é tratado pela doutrina e jurisprudência brasileira como precipuamente o pai que, afastado do convívio com a mãe, satisfaz-se somente cumprindo a obrigação de pagar alimentos ao filho, frustrando-o de sua companhia¹⁹. Destarte, Lôbo descreve o abandono afetivo como o

inadimplemento dos deveres jurídicos de paternidade. Seu campo não é exclusivamente o da moral, pois o direito o atraiu para si, conferindo-lhe consequências jurídicas que não podem ser desconsideradas.²⁰

A assistência moral, psíquica e afetiva, a interação do convívio entre pai e filho, o cuidado como atitude de ocupação, preocupação, responsabilização e envolvimento com o outro são alguns dos indispensáveis deveres da figura paterna, e a ausência de quaisquer desses elementos na paternidade configuram característica do abandono²¹.

Conferindo proteção da criança, para seu desenvolvimento sadio, está resguardada na Constituição Federal de 1988, expressamente, em seu art. 227, e também junto ao Estatuto da Criança e do Adolescente, mais especificamente junto a seus arts. 3º e 4º.

Neste sentido, deve-se interpretar a convivência familiar, mencionada nos dois diplomas legais, como uma segurança que respeita o direito de personalidade do filho, não bastando apenas a assistência material, de modo que a convivência familiar traduz-se em atributos essenciais no processo de formação da pessoa, e negar-lhe esse direito importa na violação de uma garantia constitucional²².

18 CAPELATTO, Ivan; MARTINS FILHO, José. *Cuidado, afeto e limites: uma combinação possível*. 4. ed. Campinas: Papirus 7 Mares, 2012. p. 30.

19 LÔBO, Paulo. Op. cit., p. 311.

20 LÔBO, Paulo. Op. cit., p. 312.

21 MADALENO, Rolf. Op. cit., p. 382.

22 MADALENO, Rolf. Op. cit., p. 388.

E justamente por isso que a convivência familiar é muito mais do que um direito, é um dever, conforme Dias:

O conceito atual de família é centrado no afeto como elemento agregador, e exige dos pais o dever de criar e educar os filhos sem lhes omitir o carinho necessário para a formação plena de sua personalidade. A grande evolução das ciências que estudam o psiquismo humano acabou por escancarar a decisiva influência do contexto familiar para o desenvolvimento sadio das pessoas em formação. Não se pode mais ignorar essa realidade, tanto que se passou a falar em paternidade responsável. Assim, a convivência com os filhos com os pais não é um direito, é um dever. Não há direito de visitá-lo, há obrigação de conviver com ele. O distanciamento entre pais e filhos produz sequelas de ordem emocional e pode comprometer o seu sadio desenvolvimento. O sentimento de dor e de abandono pode deixar reflexos permanentes em sua vida. Por certo, a decisão do STJ reconheceu o cuidado como valor jurídico, identificando o abandono afetivo como ilícito civil, a ensejar o dever de indenizar.²³

A paternidade, tanto quanto a maternidade, deixou de ser apenas um conjunto de atribuições conferidas aos genitores, valorizando a convivência familiar, independentemente da existência ou não de relacionamento entre os pais, passando a ser considerada como um conjunto de deveres que visam ao melhor interesse da criança ou adolescente a partir do afeto como fonte primordial para a boa instrução da pessoa humana²⁴.

No seu estudo, Stocker e Hegeman expõem que a ausência de afeto e emoções, bem como a sua deficiência, causam quadros característicos de despersonalização e várias neuroses, tampouco sendo quesitos para uma vida saudável e humana: “Sem afetividade é impossível viver uma vida humana e satisfatória, e pode até mesmo ser impossível viver uma vida humana, sequer ser uma pessoa”²⁵.

Isto porque a afetividade está ligada diretamente às emoções, sendo proeminentes na vida do ser humano. Considera-se que a afetividade é sentimento psíquico e não apenas corporal, por isso uma vida sem emoções é uma vida vazia, pelo que os autores afirmam que “afetividade é conhecer que os sentimentos devem ser sentidos, e que parte do que deve ser sentido implica a percepção do sentimento”²⁶.

Assim, pode-se dizer que é de responsabilidade dos pais gerir a criação e educação dos filhos, proporcionando-lhes a sobrevivência e tornando-os úteis à sociedade²⁷:

23 DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 97.

24 DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 97.

25 STOCKER, Michael; HEGEMAN, Elizabeth. *O valor das emoções*. São Paulo: Palas Athena, 2002. p. 45.

26 STOCKER, Michael; HEGEMAN, Elizabeth. Op. cit., p. 49.

27 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 321.

A função paterna, por sua vez, possibilita uma nova dimensão em termos de funcionamento psíquico e de inserção social, representando exigências de comunicação social – o pensamento lógico, a linguagem escrita – e veiculando as interdições morais, regras de vida em sociedade, aprendizagem de técnica e valores culturais.²⁸

No que tange à convivência, o processo de vivência e identificação com o pai é essencial para que o filho se insira no meio social, de forma a ser fundamental para a formação da identidade e da personalidade, podendo a ruptura do vínculo socioafetivo ocasionar distúrbios emocionais²⁹:

Os vínculos que criamos com nossos pais, quando crianças, são a essência do que temos de mais humano. É desses primeiros vínculos que deriva nossa capacidade de sentir empatia, compaixão e amor pelos outros. Essas ligações também constituem os elementos básicos de formação da personalidade, pois nos conferem a sensação mais fundamental de sermos dignos de amor e considerarmos os outros dignos de confiança. Os vínculos seguros são a maior fonte de alegria e contentamento na infância, mas também podem ser a maior fonte de angústia e desespero quando os laços emocionais são rompidos e os guardiães não estão disponíveis.³⁰

A ausência dessa relação entre pai e filho, devido à falta de convívio entre eles e, desta forma, a interrupção do vínculo afetivo, pode acarretar em drásticas sequelas de ordem psicológica, vindo a afetar o seu sadio desenvolvimento. Isto se dá porque é através da figura paterna que se rompe, necessariamente, a ligação íntima que o filho tem com a mãe e se insere o filho no mundo na qual ele passa a reconhecer irmãos, parentes e a sociedade, regido por limites, autoridades e disciplina³¹.

Por conseguinte, o afeto está ligado ao direito dos filhos, que, independentemente do rumo que tomou a vida de seus pais, não podem sofrer as consequências com a ausência do genitor. Assim, a falta da figura paterna, conforme afirmado pelos autores mencionados, influencia negativamente na formação e no desenvolvimento da criança³², criando traumas durante o desenvolvimento mental, físico e social, desencadeados pela negativa do pai ao direito do filho a

28 FRAGA, Thelma. A guarda e o direito à visitação sob o prisma do afeto. Niterói: Impetus, 2005, apud JARDIM, Camile Jaime de Moraes. Dano moral decorrente de abandono afetivo. Disponível em: <<http://repositorio.ucb.br/jspui/bitstream/10869/828/2/Dano%20Moral%20Decorrente%20de%20Abandono%20Afetivo%20-%20TCC%20Camila%20Jardi.pdf>>. Acesso em: 8 jun. 2015.

29 FRAGA, Thelma. Op. cit.

30 TEYBER, Edward. *Ajudando as crianças a conviver com o divórcio*. Trad. Carmem Youssef. São Paulo: Nobel, 1995, apud JARDIM, Camile Jaime de Moraes. Dano moral decorrente de abandono afetivo. Disponível em: <<http://repositorio.ucb.br/jspui/bitstream/10869/828/2/Dano%20Moral%20Decorrente%20de%20Abandono%20Afetivo%20-%20TCC%20Camila%20Jardi.pdf>>. Acesso em: 8 jun. 2015.

31 DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 460.

32 MADALENO, Rolf. Op. cit., p. 387.

uma formação sadia, privando o descendente de um espelho que deveria seguir e amar³³.

1.4 OBRIGAÇÕES PARENTAIS

A partir deste ponto, passa-se à análise do principal problema desta pesquisa, que consiste em verificar se devem os pais serem responsabilizados pecuniariamente pelo abalo moral sofrido por seus filhos em decorrência do abandono afetivo causado por estes, investigando, primeiramente, se o afeto pode ser tido como uma obrigação parental, a fim de verificar se há preenchimento do requisito do ato ilícito omissivo.

Tanto a criança como o adolescente são seres humanos e, como tais, devem ser respeitados em sua dignidade. Por estarem numa situação especial por terem uma idade de zero a dezoito anos, são considerados vulneráveis, tornando necessário um cuidado peculiar. Tanto a Constituição Federal como o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente disciplinam direitos e deveres em relação a essas crianças e adolescentes, sendo a responsabilidade dos pais um dever inarredável.

Neste sentido, o ordenamento jurídico brasileiro atribui aos pais certos deveres em virtude do poder familiar – poder esse que os pais têm sobre seus filhos enquanto menores³⁴, expresso no art. 1.634 do Código Civil:

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I – dirigir-lhes a criação e educação;

II – tê-los em sua companhia e guarda;

[...] ³⁵

Além da previsão constitucional mencionada anteriormente, o Estatuto da Criança e do Adolescente³⁶ estabelece deveres inerentes ao poder familiar, incumbindo aos pais obrigações que ultrapassam o aspecto material, sendo considerados também preceitos de ordem moral, afetiva e psíquica. Trata-se de uma proteção humanista inspirada na Constituição Federal, referindo-se aos cuidados especiais a que toda criança e todo adolescente tem direito³⁷.

33 MADALENO, Rolf. Op. cit., p. 384

34 VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. cit., p. 301.

35 BRASIL. Código Civil de 2002.

36 BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 6 jun. 2015.

37 DALLARI, Dalmo de Abreu et al. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*: comentários jurídicos e sociais. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 21.

Ademais, o Estatuto da Criança e do Adolescente positivou o direito da criança e adolescente terem uma convivência familiar sadia e comunitária, preferencialmente com sua família biológica:

Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegura a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.³⁸

Desta sorte, ainda que separados, a relação dos pais para com seus filhos não é afetada, de acordo com o art. 1.632 do Código Civil. Independentemente do estado civil dos pais, estes têm por dever a criação e educação dos filhos, bem como a sua companhia e guarda³⁹.

Por fim, além de o Estatuto da Criança e do Adolescente resguardar os direitos do menor, bem como os deveres que os pais têm em relação ao desenvolvimento sadio do infante, determina também que é dever de todos zelar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano ou ameaças, e, ainda, prevenindo-os de qualquer violação dos seus direitos fundamentais, conforme prescrito nos arts. 7º e 70 do dispositivo legal⁴⁰.

1.5 A CONVIVÊNCIA FAMILIAR COMO DEVER DOS PAIS

Grande parte de tudo que a pessoa vive se desdobra debaixo das asas da família. O início da caminhada de todo indivíduo se dá no âmbito familiar, no qual surgem as primeiras indagações que são feitas pelo ser humano para melhor compreensão do ser, sendo a base familiar essencial para a formação da sua personalidade⁴¹.

Considerando que a família atual tem como elemento crucial o afeto para o seu seguimento, o dever dos pais de criação e educação de seus filhos, naturalmente, não teria outra forma de ser exercido senão por meio do afeto tão influente para o desenvolvimento saudável das pessoas, especialmente aquelas em formação⁴².

Por essas razões é que o direito a ter uma família é um dos direitos fundamentais de toda e qualquer pessoa. Não somente para o seu nascimento, mas para a vivência como integrante de um lar cercado de afeto, que tem papel

38 BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 6 jun. 2015.

39 DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 459.

40 BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990.

41 REIS, Clayton et al. *Curso de direito de família*. Florianópolis: Vox Legem, 2004. p. 247.

42 DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 460.

essencial ao introduzir a criança em uma cultura e no seio social, fazendo com que ela seja, verdadeiramente, cidadã⁴³. É neste sentido que explica Piazza:

O Estatuto entende que o direito a uma família é fundamental, pois só a presença de um pai e uma mãe que vivam com a criança um relacionamento intenso e privilegiado garante a ela a possibilidade de viver aqueles mecanismos psicológicos e emocionais que provocam uma correta estruturação da personalidade.⁴⁴

Desse modo, a essencialidade da família vai além de ser o ponto de partida para a comunicação com a sociedade, possibilitando também o desenvolvimento das faculdades físicas, psíquicas, morais e espirituais da criança e do adolescente⁴⁵.

Diante disso, releva-se que não há de se falar em direito de convivência dos filhos com os pais, mas sim no dever de conviver com ele, a obrigação da convivência familiar. Isto porque o afastamento da relação paterna causa aos filhos resultados emocionalmente negativos que comprometem o desenvolvimento sadio, deixando sequelas permanentes por toda a sua vida em razão da dor e abandono⁴⁶.

Do ponto de vista constitucional, desde a Constituição Federal de 1988 permeou-se, no Direito brasileiro, um leque enumerado de valores, especialmente na esfera familiar, constitucionalizando o direito de família, prezando a pessoa humana na sua dignidade, por meio do seu art. 1º, III⁴⁷, e reconhecendo, em seu art. 227, a convivência familiar como direito fundamental à criança e ao adolescente⁴⁸.

O direito à convivência familiar passou então a ser reconhecido como um bem juridicamente tutelado, presente na norma constitucional, devido à importância do convívio entre pais e filhos⁴⁹, tornando-se parte dos direitos fundamentais inerentes à criança e ao adolescente, em virtude de ser indispensável ter cuidado peculiar com pessoas em fase de desenvolvimento de personalidade⁵⁰. É seguindo esse entendimento que lecionam Moreira e Toneli:

O afeto é construído como autoridade no âmbito do Direito em geral, “vai além do sentimento, e está diretamente relacionado à responsabilidade e ao cuidado... por isso pode se tornar uma obrigação jurídica e ser fonte de responsabilidade

43 FACHINETTO, Neidemar José. *O direito à convivência familiar e comunitária*: contextualizando com as políticas públicas (in)existentes. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 63.

44 PIAZZA, Clodoveo apud FACHINETTO, Neidemar José. Op. cit., p. 65.

45 FACHINETTO, Neidemar José. Op. cit., p. 65.

46 DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 460.

47 REIS, Clayton et al. Op. cit., p. 247.

48 FACHINETTO, Neidemar José. Op. cit., p. 60.

49 DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 462.

50 FACHINETTO, Neidemar José. Op. cit., p. 62.

civil” (Pereira, 2012, p. 8). É com base nessa construção técnica – que estabelece a afetividade como cuidado – que é possível atribuir responsabilidade aos pais para além da obrigação alimentar e exigir sanções ao seu exercício, quando considerado inadequado.⁵¹

Sob a perspectiva de Siqueira, o acompanhamento dos pais na vida de um filho é essencial para o seu o seu crescimento adequado, especialmente na infância da criança, que é o período de construção da sua personalidade, tornando essencial a participação dos genitores na prestação de auxílio moral e intelectual necessário para que o seu desenvolvimento aconteça da forma mais saudável⁵²:

As fases mais importantes de nossa vida se circunscrevem entre os nove meses de gestação e os seis anos de idade, oportunidade em que construímos os principais valores que nos acompanharam: o temperamento, que surge no ato da concepção; a afetividade emocional; a disciplina comportamental e os 80% de nossa responsabilidade adulta.⁵³

Destarte, reconhecido o direito à convivência familiar como um direito fundamental, urge a necessária preocupação com a proteção de tal garantia constitucional, sendo dever da família, da sociedade e do Estado zelar pelo seu cumprimento⁵⁴.

Reiterando a necessidade da convivência familiar como aspecto que influencia no desenvolvimento moral da criança e do adolescente, Reis demonstra:

Aprende-se a amar e a cuidar dos outros pelo contato com eles, e aprende-se a reprimir impulsos de hostilidade e egoísmo por amor aos outros, ou pelo menos por temor a eles. É nesse ambiente, de ambivalências, que se testa a capacidade de sentir e agir. Fala-se, hoje, da influência que a família exerce na formação da personalidade das pessoas – aquele cidadão tem berço! Uma alusão aos pontos de valores que a família consegue transmitir aos seus filhos. Não se pode abandonar a concepção familiar, construída sob a égide de uma constelação de astros que gravitam em torno de um sol que oferece luz, calor e que, de uma forma suave, aprisiona gravitacionalmente na sua direção. Por essa razão, Michele Perrot proclama que “o que se gostaria de conservar da família, no terceiro milênio, são os seus aspectos positivos: a solidariedade, a fraternidade, a ajuda mútua, os laços de afeto e amor. Belo sonho”.⁵⁵

51 MOREIRA, Lisandra Espíndula; TONELI, Maria Juracy Filgueiras. *Abandono afetivo: afeto e paternidade em instâncias jurídicas*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pcp/v35n4/1982-3703-pcp-35-4-1257.pdf>>. Acesso em: 18 fev. 2016.

52 BRANCO, Bernardo Castelo. *Dano moral no direito de família*. São Paulo: Método, 2006. p. 195.

53 SIQUEIRA, Libordi apud BRANCO, Bernardo Castelo. Op. cit., p. 195.

54 FACHINETTO, Neidemar José. Op. cit., p. 60.

55 REIS, Clayton et al. Op. cit., p. 252.

Nas palavras de Campos, exprime-se a atuação da família na formação de um ser verdadeiramente humano, instruído por valores que transcendem o campo material, que são transmitidos não por outra forma que não seja pela convivência:

O dever na família assume radicalmente a característica do dar(-se). Cada um, sem renunciar a si mesmo, mas, sendo completamente e cada vez mais “amorosamente” ele mesmo, vê em cada um dos outros o que precisa para ser completamente. Dá-se e recebe; ama e é amado; perdoa e é perdoado; disponibiliza-se e vive em comunhão; tenta, de tal maneira, ser um com os outros, que os outros se tornam elementos constitutivos do seu ser. Como afirma o próprio jurista português, é na família que a pessoa se completa, se perfaz, que o *eu* se transforma no *nós*.⁵⁶

A ausência dessa convivência acarreta sérios prejuízos físicos, morais e psíquicos à criança e ao adolescente, surgindo a responsabilidade civil como uma possível tentativa de solução, e que será abordada no item derradeiro desta pesquisa.

1.6 RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO

A responsabilidade civil atua em todos os campos do direito civil, e no direito de família não seria diferente, operando tanto na área patrimonial dos relacionamentos decorrentes do círculo familiar, quanto na própria relação familiar em si, considerando a importância de ser instrumento de amparo às lesões familiares⁵⁷.

A relação entre pai e filho atualmente está em evidência nos posicionamentos da esfera familiar, por se consagrar o filho como sujeito de direitos, não mais ficando à mercê da disposição do pai em exercer ou não a sua função paterna⁵⁸.

O distanciamento entre o genitor e sua prole, que desrespeita o relacionamento paterno-filial, é configurado como fonte motivacional para o desencadeamento de indícios psicopatológicos do menor. Esse menor que se encontra em situação de abandono paterno, decorrente do afastamento à convivência à criança ou adolescente, sofre dor afetiva, moral e psíquica, que, cerne ao princípio da dignidade da pessoa humana, provoca-lhe danos passíveis de indenização, que, na condição de carência afetiva, se apresenta na modalidade de dano moral⁵⁹.

56 CAMPOS, Diogo Leite de apud LAGRASTA NETO, Caetano; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito de família: novas tendências e julgamentos emblemáticos*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 239.

57 BRANCO, Bernardo Castelo. Op. cit., p. 196.

58 DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 460.

59 CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 583.

Compreende-se que, aos olhos dos tribunais, parece emergir o entendimento no qual o pagamento regular da pensão alimentícia ao menor não satisfaz totalmente o cumprimento da obrigação do pai para com o seu filho. Não basta o genitor amparar o filho por meio de valor pecuniário; deve também manter-se em sua companhia⁶⁰.

Assim, a negativa do pai que se abstém em desempenhar uma das obrigações inerentes ao poder familiar, privando o filho de sua companhia e convívio, causa sequelas emocionais que merecem ser reparadas. O filho que é frustrado da companhia paterna, não tendo um modelo de pai para servir de espelho, é lesado de forma tão intensa que talvez fiquem marcas para toda a sua vida⁶¹.

Importante ressaltar que essas lesões não necessariamente são violações à integridade física, podendo ser, inclusive, psicológicas e de negligência às necessidades físicas e emocionais do menor, o que pode provocar na criança e no adolescente condutas de isolamento, sentimentos rejeição, de desprezo⁶².

Desta forma, a inobservância das obrigações parentais descritas acima, desde que configurado o abandono moral, agride a integridade psicofísica dos filhos, princípio resguardado pela lei constitucional. Essa transgressão ao direito do filho é uma situação na qual se configura o dano moral e, como tal, exige ônus indenizatório, devendo o *quantum* da indenização ser satisfatório para suprir os custos que se fizerem primordiais para atenuar os danos psicológicos⁶³.

Todavia, ainda que demonstrada a possibilidade de condenação dos pais a indenizarem seus filhos pelos danos decorrentes do abandono afetivo sofrido, outra celeuma emerge, no que tange à quantificação dessa indenização.

E, para vislumbrar o dano sofrido pelo filho em situação de abandono, o Judiciário conta com o auxílio da psicologia, de modo que esse ramo da ciência tem melhores condições de aferir com autenticidade quais foram as efetivas sequelas na integridade físico-psíquica do menor, servindo-se da perícia psicológica como meio probatório para a fixação da indenização⁶⁴. É sobre essas perspectivas que Groeninga esclarece:

Como foi expresso anteriormente, não é suficiente a falta da figura paterna para caracterizar o pedido de danos morais por abandono afetivo. É necessária a caracterização do abandono, da rejeição e dos danos à personalidade. As periciais devem levantar, por meio de metodologia própria, a extensão dos danos sofridos em função da falta da figura paterna. Devem também estabelecer a finalidade da

60 DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 461.

61 DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 460.

62 TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida apud BRANCO, Bernardo Castelo. Op. cit., p. 196.

63 DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 461.

64 LAGRASTA NETO, Caetano; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. Op. cit., p. 235.

ção para quem demanda, esclarecendo seu significado e sua importância simbólica para o desenvolvimento psíquico e para a adaptação social.⁶⁵

Assim, uma vez verificados os elementos da responsabilidade civil, quais sejam, o nexo de causalidade entre a conduta omissa do pai e os danos sofridos pelo menor, preenchendo os requisitos necessários para o enquadramento dos arts. 186 e 927 do Código Civil, admite-se, assim, a indenização por danos morais decorrente do abandono afetivo⁶⁶.

No mesmo sentido é a decisão do Tribunal do Rio de Janeiro, ao julgar favorável pedido de indenização por abandono afetivo em razão do descumprimento dos encargos decorrentes do poder familiar:

Responsabilidade civil. Ação de indenização por dano moral que a autora teria sofrido em razão do abandono material e afetivo por seu pai que somente reconheceu a paternidade em ação judicial proposta em 2003, quando ela já completara 40 anos. Procedência do pedido, arbitrada a indenização em R\$ 209.160,00. Provas oral e documental. Apelante que tinha conhecimento da existência da filha desde que ela era criança, nada fazendo para assisti-la, diferentemente do tratamento dispensado aos seus outros filhos. Dano moral configurado. *Quantum* da indenização que adotou como parâmetro o valor mensal de 2 salários-mínimos mensais que a apelada deixou de receber até atingir a maioridade. Indenização que observou critérios de razoabilidade e de proporcionalidade. Desprovimento da apelação.⁶⁷

Outra decisão, oriunda do Tribunal de São Paulo, também reconhece a indenização por danos morais, entendendo que restam configurados os elementos da responsabilidade civil em virtude do desrespeito à existência dos deveres dos pais de cuidado aos filhos:

Embargos de divergência em recurso especial. Ação condenatória. Compensação de danos extrapatrimoniais decorrentes de abandono afetivo parental. Possibilidade. Interpretação lógico-sistemática das disposições constitucionais e infraconstitucionais. Existência de dever jurídico de cuidado. Inteligência do art. 227 da Constituição Federal, bem assim das normas infraconstitucionais (Estatuto da Criança e do Adolescente e Código Civil). Elementos da responsabilidade civil. Configuração. Reconhecimento da obrigação de indenizar/compensar.⁶⁸

Na mesma direção parece caminhar o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, conforme se denota ante o precedente abaixo citado, no qual se manteve condenação à indenização por abandono afetivo diante da inadimplência das responsabilidades do genitor:

65 LAGRASTA NETO, Caetano; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. Op. cit., p. 236.

66 LAGRASTA NETO, Caetano; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. Op. cit., p. 237.

67 TJRJ, AC 0007035-34.2006.8.19.0054, 8ª C.Cív., Relª Desª Ana Maria Oliveira, J. 20.10.2009.

68 TJSP, EDResp 1.159.242, 3ª T., Relª Min. Nancy Andrighi, J. 09.04.2014.

Apelação cível. Família. Ação de guarda, alimentos, visitas e indenização por abandono afetivo. Verba alimentar que deve adequar-se às possibilidades do genitor e às necessidades da infante. Majoração para 40% do salário-mínimo. Indenização por abandono afetivo. Genitor que se ausentou das responsabilidades ao longo da vida da infante, que já conta com onze anos, desatendendo às tentativas de contato da genitora. Honorários advocatícios. Majoração. Recurso parcialmente provido.⁶⁹

Entretanto, a jurisprudência ainda não uniformizou o entendimento sobre a indenização por danos morais decorrente do abandono afetivo, posto que ainda se encontram decisões com outras visões sobre o assunto e que conflitam entre si, como é o caso do precedente que se extrai do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

Apelação cível. Ação de indenização por danos morais. Pai. Abandono afetivo. Ato ilícito. Dano injusto. Inexistente. Improcedência do pedido. Medida que se impõe. O afeto não se trata de um dever do pai, mas decorre de uma opção inconsciente de verdadeira adoção, de modo que o abandono afetivo deste para com o filho não implica ato ilícito nem dano injusto, e, assim o sendo, não há falar em dever de indenizar, por ausência desses requisitos da responsabilidade civil.⁷⁰

O entendimento do Tribunal de Minas Gerais não se baseia no descumprimento das obrigações inerentes aos pais, mas sim na premissa de que o afeto não é um dever do pai, apontando, assim, que a negativa de afeto paterno-filial não representa ato ilícito, inexistindo o dever de indenizar.

Divergindo desse entendimento, Lagasta Neto aborda que

o direito ao amor é um direito fundamental do menor, uma vez que entre os seus direitos essenciais se coloca, em primeiro plano, o direito de receber uma carga afetiva dos genitores, o que é primaz para a sua formação como pessoa humana.⁷¹

Entretanto, nos casos de indenização civil por abandono afetivo, o direito do filho ao amor dos pais é tido como premissa suplementar na demonstração de lesão a um direito da criança e do adolescente⁷²:

Desse modo, como já se observou na doutrina, a discussão sobre o abandono afetivo não deve considerar, como ponto principal, se o pai é ou não obrigado a conviver com o filho, ou se o afeto pode ser imposto ou não, havendo uma mudança de foco quanto ao essencial para a questão. Muito ao contrário, em uma análise técnico-jurídica, o ponto fulcral é que no abandono afetivo há a presença

69 TJSC, AC 2014.062337-5, 1ª C.Cív., Rel. Des. Domingos Paludo, J. 25.06.2015.

70 TJMG, AC 0063791-20.2007.8.13.499, 17ª C.Cív., Rel. Des. Luciano Pinto, J. 27.11.2008.

71 LAGRASTA NETO, Caetano; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. Op. cit., p. 234.

72 LAGRASTA NETO, Caetano; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. Op. cit., p. 234.

da lesão de um direito alheio, pelo desrespeito a um dever jurídico estabelecido em lei.⁷³

Seguindo a mesma ideia, ressaltam Moreira e Toneli, ao frisar que o que deve ser considerado na análise destes casos, ao invés do dever de amar, é a ausência paterna na vida da criança e do adolescente:

Para que seja possível responsabilizar o pai civilmente, é necessário que o enunciado explicito o dano causado pela falha paterna, no caso pela omissão do cuidado. A construção argumentativa de um dano reside na produção da determinação causal entre ausência paterna e problemas na constituição subjetiva do filho. Nesse sentido, invisibilizam-se diversos outros fatores presentes na história de vida de uma criança/filho(a) para que seja ressaltada a ausência paterna. Da mesma forma, invisibilizam-se inúmeros aspectos da vida daquela criança/filho(a), para se ressaltar apenas os problemas, tomados como efeito direto dessa ausência.⁷⁴

Do mesmo modo, reafirma Dias ao dizer que o ponto a ser discutido na indenização por dano afetivo não é a obrigação de sentir afeto, e, por conseguinte, a ausência desse sentimento no íntimo do pai, mas sim que o afastamento paterno do convívio do seu filho inegavelmente desencadeia uma série de conflitos internos na vida do filho, comprometendo o seu crescimento saudável. Como frisa Dias, “não se trata de impor um valor ao amor, mas reconhecer que o afeto é um bem muito valioso”⁷⁵. Sendo assim, o reconhecimento da obrigação indenizatória deve provocar, pelo menos, a consciência e o comprometimento com o desenvolvimento saio da criança⁷⁶.

Quanto a sua finalidade, a indenização por abandono afetivo, na visão de Dias, poderá servir de importante ferramenta para exercer papel pedagógico nos relacionamentos familiares, a fim de fazer com que o pai que se desinteressasse pela vida do filho o tenha em companhia, pelo menos, por receio de ser penalizado ao pagamento de uma indenização⁷⁷:

Claro que o relacionamento mantido sob pena de prejuízo financeiro não é a forma mais correta de se estabelecer um vínculo afetivo. Ainda assim, mesmo que o pai só visite o filho por medo de ser condenado a pagar uma indenização, isso é melhor do que gerar no filho o sentimento de abandono. Ora, se os pais não conseguem dimensionar a necessidade de amar e conviver com os filhos que não pediram para nascer, imperioso que a justiça imponha coactamente essa obrigação.⁷⁸

73 LAGRASTA NETO, Caetano; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. Op. cit., p. 234.

74 MOREIRA, Lisandra Espindula; TONELI, Maria Juracy Filgueiras. Op. cit.

75 DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 460.

76 DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 460.

77 DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 462.

78 DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 462.

Diante dessas premissas, quando a figura paterna se esquivar de cumprir os direitos fundamentais da criança e do adolescente, causando-lhe danos, deve ser suscetível a reparação pecuniária, não obstante para tentar amenizar o prejuízo acarretado ao menor, nem tão apenas pouco para punir a conduta ilícita do pai, mas também, e, principalmente, que a mais remota propensão ao negligente abandono seja desmotivada, ao demonstrar a valorização do afeto na concepção das relações familiares⁷⁹.

Deste modo, pode-se verificar que, para uma decisão justa acerca da possibilidade de indenização por abandono afetivo, o que deve ser analisado são os direitos da criança e do adolescente, bem como os deveres dos pais com relação a esse menor, uma vez que, em havendo a desobediência a esses deveres, poderá gerar lesão a algum direito do filho, como, por exemplo, a convivência familiar, que fere diretamente a dignidade humana da criança ou adolescente, configurando-se, assim, dano corrente de ato ilícito passível de indenização.

Por todo o exposto, constata-se a valorização do afeto nas relações familiares, sendo que, ainda que a presença do pai se faça apenas pela obrigação do convívio familiar, este constitui elemento indispensável na vida de qualquer filho, sem a qual danos podem ser causados, e, por conseguinte, podem ser objetos de ação indenizatória por parte dos infantes prejudicados em face de seus genitores negligentes emocionalmente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a valorização do afeto pela Constituição Federal, pode-se observar que o afeto despertou-se na atualidade como elemento norteador do direito de família. Trata-se da importância da afetividade no seio familiar para sua boa estruturação e desenvolvimento de seus integrantes.

O vínculo afetivo passou, pois, a ser visto como o elemento característico da família, transcendendo as questões biológicas, posto que, independentemente do vínculo sanguíneo, o que importa para a criança é ter aquele que faça o papel de mãe e o papel de pai na sua vida.

Neste sentido, pode-se observar que a vivência de um filho com seu pai é fundamental para a sua formação e para o seu desenvolvimento saudável, sendo capaz de se inserir no mundo social com naturalidade. A ausência desse elo afetivo entre pai e filho, além de poder causar severas sequelas ao menor, podendo sofrer grandes transtornos físicos, mentais e psicológicos, viola o direito da criança e do adolescente à convivência familiar, da mesma forma que se descumpre o dever paterno.

79 DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 462.

Apresentadas as obrigações parentais, bem como os direitos da criança e do adolescente, nota-se que aquele que violar um desses direitos, trazendo um prejuízo ao menor, comete ato ilícito, que, analisado pela lógica da responsabilidade civil, em sendo causador de um dano, atrai para si o dever de indenizar.

Fazendo referência especialmente ao direito da convivência familiar, direito fundamental da criança e do adolescente, observou-se que o pai que viola esse direito do filho, afastando-se da rotina do menor, não tendo uma participação ativa e interesse pela vida da criança, causa sérios danos à sua saúde física, mental e psicológica, uma vez que, segundo as fontes consultadas, a criança necessita desse vínculo paterno para ter um desenvolvimento saudável e tornar-se um adulto capaz de ter uma vida plena e feliz.

Boa parte dos autores pesquisados mostram-se favoráveis à condenação dos pais responsáveis pelo abandono a indenizar seus filhos pelos danos morais suportados, embora parcela minoritária rechace essa possibilidade por entender, em suma, que amar não pode ser tido como obrigação imputável pelo Estado.

Os tribunais também pesquisados ainda não unificaram a decisão de o abandono afetivo ser passível ou não de indenização. Porém, conforme demonstrado, decisões recentes vêm se apresentando favoráveis à responsabilidade civil por abandono afetivo.

Algumas delas mantêm-se contrárias à indenização, argumentando, seguindo a doutrina minoritária, que o amor não pode ser imposto, não se pode obrigar um pai a amar o filho, argumento esse rechaçado nos julgados em que se deu provimento ao pedido indenizatório, sob a fundamentação de que, na análise de lides desta natureza, não se deve levar em consideração a questão do sentimento, mas sim da obrigação que cada pai tem com cada filho.

Desta forma, ainda que um pai não tenha afeição pelo seu filho, antes de mais nada, ele tem deveres a serem cumpridos desde o momento em que se tornou pai, e, uma vez comprovado que o pai privou o filho de sua companhia, ferindo tanto a sua dignidade como pessoa quanto seu direito à convivência familiar, verifica-se, então, a possibilidade de indenização, confirmando-se, assim, a hipótese apresentada no início desta pesquisa.

REFERÊNCIAS

BRANCO, Bernardo Castelo. *Dano moral no direito de família*. São Paulo: Método, 2006. 221 p.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 6 jun. 2015.

_____. Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 6 jun. 2015.

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 656 p.

CAPELATO, Ivan; MARTINS FILHO, José. *Cuidado, afeto e limites: uma combinação possível*. 4. ed. Campinas: Papirus 7 Mares, 2012. 155 p.

CHALITA, Gabriel. *Educação: a solução está no afeto*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Gente, 2004. 263 p.

COSTA, Antônio Carlos Gomes da et al. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000. 835 p.

DALLARI, Dalmo de Abreu et al. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. 688 p.

FACHINETTO, Neidemar José. *O direito à convivência familiar e comunitária: contextualizando com as políticas públicas (in)existentes*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. 142 p.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio século XXI escolar: o minidicionário da língua portuguesa*. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001. 799 p.

JARDIM, Camile Jaime de Moraes. Dano moral decorrente de abandono afetivo. Disponível em: <<http://repositorio.ucb.br/jspui/bitstream/10869/828/2/Dano%20Moral%20Decorrente%20de%20Abandono%20Afetivo%20-%20TCC%20Camila%20Jardi.pdf>>. Acesso em: 8 jun. 2015.

LAGRASTA NETO, Caetano; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito de família: novas tendências e julgamentos emblemáticos*. São Paulo: Atlas, 2011. 426 p.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 437 p.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. 1269 p.

MOREIRA, Lisandra Espíndula; TONELI, Maria Juracy Filgueiras. *Abandono afetivo: afeto e paternidade em instâncias jurídicas*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pcp/v35n4/1982-3703-pcp-35-4-1257.pdf>>. Acesso em: 18 fev. 2016.

NÁUFEL, José. *Novo dicionário jurídico brasileiro*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ícone, 1988. 860 p.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. *A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica, 2011. 302 p.

REIS, Clayton et al. *Curso de direito de família*. Florianópolis: Vox Legem, 2004. 296 p.

SÁ NETO, Clarindo Epaminondas de. O princípio da afetividade como norte do direito de família no ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em: <<https://repositorio.unp.br/index.php/juris/article/view/323/295>>. Acesso em: 5 jun. 2015.

SOUZA, Ionete de Magalhães. Responsabilidade civil e paternidade responsável: análise do abandono afetivo de filho no Brasil e na Argentina. *Revista IOB de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese, v. 11, n. 58, 2010.

STOCKER, Michael; HEGEMAN, Elizabeth. *O valor das emoções*. São Paulo: Palas Athena, 2002. 408 p.

TRIBUNAL de Justiça de Minas Gerais. Décima Sétima Câmara Cível. Apelação Cível nº 0063791-20.2007.8.13.499. Rel. Des. Luciano Pinto, julgado em 27.11.2008.

TRIBUNAL de Justiça do Rio de Janeiro. Oitava Câmara Cível. Apelação Cível nº 0007035-34.2006.8.19.0054. Relª Desª Ana Maria Oliveira, julgado em 20.10.2009.

TRIBUNAL de Justiça de Santa Catarina. Primeira Câmara Cível. Apelação Cível nº 2014.062337-5. Rel. Des. Domingos Paludo, julgado em 25.06.2015.

TRIBUNAL de Justiça de São Paulo. Terceira Turma. Embargos de Divergência em REsp nº 1.159.242. Relª Min. Nancy Andrighi, julgado em 09.04.2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2013. 501 p.

_____. *Direito civil: direito de família*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. 525 p.

7751

Superior Tribunal de Justiça

AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 672.170 – SC
(2015/0049771-0)

Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca

Agravante: D. M. B.

Agravante: A. B.

Advogados: Deborah Marina Moreira
Vilza Terezinha Guindani Weber e outro(s)

Agravado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – ENTREGA DE FILHO MENOR A PESSOA INIDÔNEA – ABANDONO MATERIAL – PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA – SÚMULA Nº 7/STJ – INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO, NO CASO – DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO – AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO

1. Os agravantes foram condenados porque, após processo regular de adoção, entregaram uma das adotadas à mãe biológica (já destituída do pátrio poder, em razão da prática de condutas moralmente condenáveis), em cuja companhia sabiam ou deviam saber que a infante ficaria moral e materialmente em perigo, deixando de prestar-lhe, a partir de então, qualquer assistência material, não destinando recursos para a sua subsistência.

2. A pretensão recursal de demonstrar a ausência de dolo nas condutas, de provar a idoneidade da mãe biológica da menor, bem como da efetiva prestação de auxílio material à menor no período em que esta permaneceu com a genitora, para o fim de descaracterizar a prática das condutas criminosas, em contraste com toda a prova mencionada pelo acórdão recorrido, demandaria nova e aprofundada incursão no acervo fático-probatório carreado aos autos, providência inadmissível na via eleita, a teor da Súmula nº 7/STJ.

3. O princípio da consunção pressupõe que um delito seja *meio ou fase normal de execução de outro crime (crime-fim)*, ou mesmo *conduta anterior ou posterior intimamente interligada ou inerente e dependente deste último, mero exaurimento de conduta anterior*, não sendo obstáculo para sua aplicação a proteção de bens jurídicos diversos ou a absorção de infração mais grave pelo de menor gravidade. Precedentes.

4. No caso concreto, inaplicável o princípio da consunção, pois as instâncias ordinárias concluíram que os agravantes praticaram duas condutas distintas, isto é, além de entregarem a filha menor a pessoa que sabiam ser inidônea, consumando, neste momento, o delito do art. 245 do Código Penal, que é instantâneo, deixaram de prover meios suficientes à sua subsistência, inclusive depois de fixada pensão pelo Juízo.

5. No tocante ao dissídio jurisprudencial, observa-se ser inadmissível a mera indicação de súmula desta Corte. No mais, além da ausência do devido cotejo analítico, a Súmula nº 7/STJ obsta o seguimento do recurso pela dissidência interpretativa, pois das transcrições feitas não se conclui pela existência de similitude fática dos paradigmas com a hipótese retratada nos autos.

6. Agravo Regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Felix Fischer, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 02 de fevereiro de 2016 (data do Julgamento).

Ministro Reynaldo Soares da Fonseca
Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca (Relator):

Cuida-se de agravo regimental interposto em adversidade à decisão que conheceu do agravo para negar seguimento ao recurso especial de D. M. B. e A. B.

Alegam os agravantes, em síntese, que a questão discutida no recurso não versa sobre matéria fática, mas sobre a equivocada qualificação jurídica dada aos fatos pelo acórdão recorrido.

Aduzem que o dissídio jurisprudencial restou comprovado mediante o devido cotejo do acórdão impugnado com os paradigmas apontados como divergentes.

Insistem na tese de que houve a consunção, uma vez que o delito de abandono material foi absorvido pelo de entrega de filho menor a pessoa ini-

dônea, sendo mero exaurimento deste último, citando o voto vencido proferido nesse sentido, que ensejou, inclusive, a interposição de embargos infringentes.

Requerem, assim, a reconsideração da decisão agravada ou que o recurso seja submetido ao crivo do colegiado.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca (Relator): Ressai dos autos que os agravantes foram denunciados e, ao final, condenados, pelos delitos tipificados nos arts. 244 e 245 do Código Penal, que assim dispõem:

Abandono material

Art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo: (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003)

Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País. (Redação dada pela Lei nº 5.478, de 1968)

Entrega de filho menor a pessoa inidônea

Art. 245. Entregar filho menor de 18 (dezoito) anos a pessoa em cuja companhia saiba ou deva saber que o menor fica moral ou materialmente em perigo: (Redação dada pela Lei nº 7.251, de 1984)

Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos. (Redação dada pela Lei nº 7.251, de 1984)

Segundo a denúncia, após processo regular acompanhado por psicólogos e assistentes sociais, os agravantes adotaram legalmente as crianças A. M. B. e M. E. M. B., em 09.03.2007. Em fevereiro de 2009, todavia, entregaram a menor M. E. M. B. à mãe biológica (já destituída do pátrio poder, em razão da prática de condutas moralmente condenáveis – prostituição e uso de drogas), em cuja companhia sabiam ou deviam saber que a infante ficaria moral e materialmente em perigo, deixando de prestar-lhe, a partir de então, qualquer assistência material, não destinando recursos para a sua subsistência.

Em primeiro grau, os agravantes foram condenados às penas de 1 ano e 2 meses para cada um dos crimes, totalizando a reprimenda, 2 anos e 4 meses, substituída por duas penas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade, e prestação pecuniária no valor de 1 salário mínimo (e-STJ fls. 320/332).

Apreciando o recurso de apelação da defesa, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina negou-lhe provimento, por maioria de votos, em acórdão assim ementado (e-STJ fls. 404/405).

APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME DE ABANDONO MATERIAL (ART. 244, DO CP) EM CONCURSO MATERIAL COM O CRIME DE ENTREGA DE FILHO MENOR A PESSOA INIDÔNEA (ART. 245, DO CP) – SENTENÇA CONDENATÓRIA – RECURSO DEFENSIVO – PRELIMINAR DE NULIDADE POR OFENSA AO PRINCÍPIO DE IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ – AFASTADA – [...] – MÉRITO RECURSAL – APELANTES QUE SUCUMBIRAM AOS APELOS DE FILHA ADOTIVA E A “DEVOLVERAM” À MÃE BIOLÓGICA MESMO SABENDO QUE NÃO POSSUÍA CONDIÇÕES MATERIAIS E MORAIS PARA O EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR – ALEGAÇÃO DE QUE A INFANTE NÃO SE ADAPTOU NA FAMÍLIA DOS APELANTES, FICANDO FRUSTRADA E CONSTANTEMENTE PEDIA PELOS PAIS BIOLÓGICOS ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE DOLO DE ABANDONAR MATERIALMENTE A CRIANÇA – CÓDIGO PENAL QUE DEFINE O CRIME DOLOSO COMO AQUELE EM QUE O AGENTE QUIS O RESULTADO OU ASSUMIU O RISCO DE PRODUZÍ-LO – AUSÊNCIA DE ELEMENTOS INDICATIVOS DE NEGLIGÊNCIA, IMPRUDÊNCIA OU IMPERÍCIA DOLO QUE SE EXTRAÍ DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO – FIXAÇÃO DE PENSÃO MENSAL EM AÇÃO CÍVEL APÓS MAIS DE UM ANO E OITO MESES DA “ENTREGA” – ALEGAÇÃO DE NÃO COMPROVAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A ENTREGA DA INFANTE APELANTES QUE SUSTENTAM QUE A CONDUTA FOI DECORRÊNCIA DO RESPEITO OS DESEJOS DA MENOR, EIS QUE BUSCAM A PRIORIZAR SEU BEM-ESTAR – SITUAÇÃO DE RISCO E PERIGO SUPORTADOS PELA MENOR EM SUA TENRA IDADE QUE LEVARAM À DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR – DEVOLUÇÃO AQUELE AMBIENTE QUE COLOCOU-A NOVAMENTE EM PERIGO COMPROVADA PELO ESTUDO SOCIAL E DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS – RELATO DE TERCEIROS ÀS SERVIDORAS DO PODER JUDICIÁRIO SUBSCRITORAS DO ESTUDO SOCIAL INDICAM A POSSIBILIDADE DE COMÉRCIO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES NO ENDEREÇO – COMPANHEIRO DA MÃE BIOLÓGICA QUE VEM A SER PRESO E CONDENADO EM DATA POSTERIOR POR TRÁFICO DE DROGAS – ELEMENTARES DO TIPO COMPROVADAS SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Em razão do voto vencido do Desembargador Jorge Schaefer Martins, que acolheu a tese da consunção, foram interpostos embargos infringentes, rejeitados, ainda por maioria, em acórdão sumariado nos termos da seguinte ementa (e-STJ fls. 467):

EMBARGOS INFRINGENTES – ABANDONO MATERIAL (CP, ART. 244) – ENTREGA DE FILHO MENOR A PESSOA INIDÔNEA (CP, ART. 245) – ABSORÇÃO

Não é aplicável a consunção do delito de abandono material pelo crime de entrega de filho menor a pessoa inidônea se o agente, além de deixá-lo em companhia de indivíduo que expõe o menor a perigo, cessa de destinar qualquer recurso à subsistência da criança.

Recurso conhecido e desprovido.

Em seu recurso especial, sustentaram os recorrentes que prestaram auxílio material e moral à menor durante todo o tempo em que esta residiu com sua mãe biológica, ao contrário do afirmado pelo acórdão recorrido.

Aduziram que a mãe biológica não era pessoa inidônea, uma vez que tinha outra filha, de relacionamento posterior, que com ela residia. No mais, sustentaram que, além de não ter ocorrido o crime do art. 245 do Código Penal, por ausência de dolo, pois a devolução deu-se em razão das dificuldades de adaptação da criança ao novo lar e por ser seu desejo voltar a conviver com mãe biológica, deveria prevalecer a tese da consunção do crime de abandono material pelo delito de entrega de filho menor a pessoa inidônea. Suscitaram divergência jurisprudencial.

No presente agravo regimental, reafirmam as teses anteriormente expostas, especialmente no tocante à consunção, requerendo a prevalência do voto vencido que a reconheceu.

Para melhor compreensão da controvérsia, transcrevo os fundamentos do acórdão da apelação que confirmou a sentença de primeiro grau (e-STJ fls. 410/424):

“2) Mérito recursal

Buscam os apelantes a reforma da sentença de primeiro grau a fim de serem absolvidos dos crimes pelos quais foram condenados.

No caso concreto foi deferido pedido aos apelantes de adoção das crianças A. e M. E. através da sentença prolatada na Comarca de Balneário Camboriú em 09.03.2007 (fls. 20/21).

Dar uma nova oportunidade para uma criança abrigada é um imenso ato de amor e este gesto é ainda mais desafiador quando a acolhida ocorre em duplicidade, como na adoção de duas irmãs.

Com aquele ato os apelantes assumiram papel fundamental na vida destas duas pessoas, tanto que os nomes e parentes destas foram alterados nos registros públicos oficiais para passarem a adotar os patronímicos daqueles.

O art. 41, do Estatuto da Criança e do Adolescente, prevê que:

‘Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.’

O dever de sustenta, por sua vez, vem descrito no art. 22 do mesmo diploma legal, senão vejamos:

‘Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes, ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.’

Via de consequência, após deferimento do pedido de adoção efetuado pelos apelantes as pequenas A. e M. E. tornaram-se filhas deste casal e tiveram todos os vínculos rompidos com os pais e parentes consanguíneos e, então, na qualidade

de pais, os apelantes passaram a possuir o dever legal de prover a subsistência das infantes.

Contudo, ao arrepio da lei, alegando problemas de adaptação com a nova realidade familiar, em fevereiro de 2009, entregaram a menor M. E. à genitora biológica M. F. de A. e seu companheiro L. de A., residentes na Comarca de Videira, pessoa sabidamente sem condições materiais e emocionais para exercer tal *munus*.

Destaco que esta Relatora ouviu atentamente todos os depoimentos colhidos neste feito, bem como debruçou-se em toda a prova documental trazida ao processo e em nenhum momento duvida da dificuldade vivenciada por esta família adotante.

Ainda assim, contrariamente ao defendido na apelação criminal conclui que o conjunto probatório colhido neste feito estampa a materialidade e a autoria dos crimes que restaram condenados.

O tipo penal de abandono material vem assim descrito no art. 244 do Código Penal:

[...].

Enquanto que o crime de entrega de filho menor a pessoa inidônea está previsto no art. 245, do mesmo Diploma Legal:

[...].

Aduzem os apelantes a ausência de comprovação pelo órgão acusatório da existência de dolo na prática do crime de abandono material e, por inexistir a previsão do delito na forma culposa, devem ser absolvidos, em especial porque contribuíam com uma pensão mensal em favor da menor correspondente a um salário mínimo, além de a proverem com roupas, calçados, material escolar e brinquedos.

[...].

No caderno processual não há qualquer indicativo de que a entrega da menor e o posterior abandono material tenha ocorrido por negligência, imprudência ou imperícia, ou seja, ausente ação culposa e incontestada a existência da conduta, não há como dar guarida a alegada ausência de dolo.

A falta de assistência material é tão cristalina que passados cerca de um ano e oito meses após a ‘devolução’ da criança, ocorrida em fevereiro de 2009, bem como quase um ano após a instauração desta ação penal (recebimento da denúncia em 24.11.2009 – fl. 68) restou fixada pensão mensal em favor de M. E. B., no valor equivalente a um salário mínimo, conforme se observa do termo de audiência realizada na data de 13.10.2010, dos autos 079/09****2 (fl. 197).

Segundo os ensinamentos de Júlio Fabbrini Mirabete:

‘O art. 244 é tipo anormal, que exige para sua configuração a ausência de justa causa para o abandono. A obrigação de prover a subsistência dos dependentes está implícita nos deveres de estado, cumprindo ao réu provar, cumpridamente, o fato que configura a justa causa excludente da tipicidade

de. Evidentemente, há justa causa para o descumprimento da obrigação nas dificuldades econômicas irremediáveis daquele que não tem condições de contribuir para o sustento de outrem por não ganhar o suficiente para o seu próprio. Não exclui o crime, porém, eventual desemprego ou dificuldade econômica passageira, máxime quando o emitente constitui e sustenta nova família, passa a viver em união estável ou mantém amásia. (*Código penal interpretado*. 6. ed. 3. reimp. São Paulo: Atlas, 2008. p. 2022)

Advogam os apelantes, ainda, a não comprovação da inexistência de justa causa da entrega do infante, dizendo-a presente 'exatamente na necessidade daquela menina voltar a viver com sua mãe, com seu pai, com sua família biológica' (fl. 281).

Ocorre que a elementar 'sem justa causa' constante do tipo penal descrito no art. 244, do Código Penal, tem conotação diversa do que pretende os apelantes.

Para o penalista Guilherme de Souza Nucci este elemento normativo do tipo 'significa uma conduta não amparada por lei' (*Código Penal Comentado*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 1021).

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê que: 'a perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22' (art. 24).

Deste modo, uma vez decretada tal medida drástica não cabia aos apelantes descumprirem a decisão judicial e entregarem a menor M.

E. àquela situação de risco de que foi resgatada pelo poder público, pouco importando o motivo que os levou a praticar tal entrega.

Da sentença da ação de destituição de pátrio poder, processo nº 005.02.*****-5, pinça-se alguns indicativos da gravíssima situação de abandono suportadas pelas menores (fls. 48/55):

'Às fls. 17 destes autos se encontra um Informativo do Serviço Social do qual se extrai: 1) Uma vizinha afirma que os pais das crianças moram no local há uns quatro anos, que M. "sempre bebeu e fez uso de drogas, além de se prostituir, motivo dos conflitos dela com o marido, o qual também viciado. A criança M. já sofria desde que nasceu em razão da conduta de M., sempre mau tratada, condições precárias de higiene, quando embriagada ou drogada agredia a criança fisicamente, a deixava sozinha em casa, sem alimentação, sendo que a vizinhança e a própria informante recolhiam M. para dar de comer e atendê-la, o mesmo sucedeu-se depois, com o nascimento de M. E." (grifei); 2) "A casa de M. sempre foi freqüentada por drogados, alcoólicicos e pessoas de conduta duvidosa. Quando ela não estava em casa essas pessoas entravam em sua casa e, muitas vezes, ela deixava as crianças com os mesmos e saía. Percebendo a situação, tanto a informante, quanto outras vizinhas recolhiam as infantes em suas casas e atendiam temendo pela segurança delas," (grifei); 3) "Informa que por várias vezes acionaram a polícia, pois quando M. Bebia, batia muito nas crianças".

[...]. Ela largava tudo e não se incomodava com nada, sai, deixava as crianças o dia inteiro sozinhas, com fome, sem higiene, no mais completo abandono (grifei), (destaques do original).’

Com a ‘devolução’ da criança ao convívio da genitora biológica a situação encontrada pela assistente social foi assim retrata no estudo social (fls. 59/61): [...] Condições de Moradia: a família reside em porão, onde pagam R\$ 200,00 a título de aluguel; o local possui três cômodos, sendo estes distribuídos em um quarto, cozinha e banheiro, este guarnecidos com móveis e eletrodomésticos em precário estado de conservação; a residência apresentava-se em péssimas condições de higiene e organização, exalando mau cheiro.

[...] Conforme observado, a família em tela não reúne condições de assistir a ora interessa, haja vista que durante entrevista a mãe *biológica se mostrou insegura em relação a permanecer com a interessada, relatando que não possui condições financeiras para assisti-la e se responsabilizar pela mesma*, que gostaria que esta permanecesse sob os cuidados do pai biológico, mas desconhece qualquer informação a respeito do mesmo.

[...].

Durante entrevista com a professora da turma, as informações em relação à interessada são: freqüentemente chega atrasada na escola, sempre com aparência de cansada, com olheiras, algumas vezes em péssimas condições de higiene, se apropria indevidamente de material de outros colegas e menciona que a pertence, algumas vezes apresenta atitudes que envolve indisciplina. Ainda nas considerações da professora, verbalizou que algumas vezes a mesma é motivo de chacotas, primeiro em relação ao sotaque e também pelo fato de que quanto é solicitado algum valor para pagamento de atividades extracurriculares, a mesma havia externado que seus pais não possuem.

No que se refere ao rendimento escolar, as notas são boas. É importante destacar, que, conforme informações das referidas profissionais, os pais não frequentam a escola, mesmo enviando bilhetes estes não comparecem.

É pertinente relatar, durante entrevista com a interessada, esta verbalizou que encontra-se na residência da Sra. M. pois, a tia D. *‘não quer mais ela’*, que prefere residir com a denunciada, pois, naquela cidade tem praia e também *Shopping Centers* e em Videira não possui.

‘Na oportunidade, cabe ressaltar que foi obtida informações junto a terceiros, os quais informaram que, M. e L., são usuários de substância ilícita, e que na residência dos mesmo há movimento intenso de pessoas estranhas, o que dá entender que comercializam drogas naquele endereço. Cabe lembrar, que não temos certeza da veracidade dos fatos mencionados. [...] (grifei e sublinhei).’

A desconfiança trazida pela assistente social de que o ambiente familiar não era adequado, pois terceiros informaram que seria possível que a mãe biológica M. e seu companheiro L. estavam envolvidos com o tráfico de drogas confirmou-se com a prisão em flagrante deste último ocorrida em 29.10.2009 e, segundo consta na sentença, restou ele ‘indiciado, acusado e condenado por tráfico e

associação para o tráfico de drogas, autos nº 079.09.006363-3, desta comarca. Cumpre sua pena na penitenciária da comarca de Curitibaanos’.

A indicação desta condenação penal não é a vedada transferência de pena do companheiro L. para a mãe biológica e sim a confirmação que aqueles elementos desfavoráveis que a assistente social ouviu de terceiros sobre o convívio da criança com pessoas que faziam uso ou comercializava substâncias entorpecentes possivelmente era verdadeira e, assim, cristalino não a mais indicada para sua tenra idade.

[...].

A douta sentenciante consignou observação interessante sobre este aspecto: ‘devolver a criança à família biológica é atitude que revela despreparo dos denunciados: Se houve falhas no processo de adoção, se não foram adequadamente informados do período do estágio de convivência ou da situação das duas crianças no abrigo, havia outras formas de minimizar o problema. Ora, a denunciada é advogada e o denunciado cirurgião-dentista e empresário (!), ambos em plenas condições de buscar solução adequada ao problema. Além do mais, todos esses fatos não foram empecilhos para permanecerem com M. A.; todavia, o foram para M. E., fato que causa espanto ao Juízo’.

E, ainda, mesmo que houvesse falha no procedimento que culminou com a adoção das meninas, tal fato, em absoluto, justifica a prática da conduta ilícita de entregar a pequena M. E. à pessoa em cuja companhia saiba ou deva saber que ela ficaria moral ou materialmente em perigo.

Neste ponto não há o que se falar em ausência de conhecimento de tal situação em razão da genitora não ter sido submetida a nenhum processo e muito menos ter contra si qualquer condenação por conduta criminoso, como defendido nas razões recursais, pois a derruir tal afirmação há neste caderno processual cópia de informação prestada pela assistente social em ação da Vara da Família, Órfãos e Infância e Juventude da Comarca de Balneário Camboriú em que relata a ampliação do contato do casal apelante com as menores, bem como que estes demonstram interesse na adoção e, em especial, da circunstância de que ‘estão cientes da história familiar e dos problemas que causaram a Destituição do Poder Familiar dos genitores, bem como da situação de saúde de M., sendo que pretendem proporcionar o tratamento necessário para sua recuperação’ (fl. 56).

Impossível acreditar que pessoas esclarecidas, portadores de diploma de nível superior em direito e em odontologia como o são os apelantes, não tivessem conhecimento da situação de perigo e risco suportadas pelas crianças quando estavam na companhia dos genitores, sendo que elas estavam em abrigo para serem adotadas, a assistente social expressamente os advertiu do histórico de vida e que os ‘pais biológicos das meninas foram destituídos do poder familiar’ (petição inicial da ação de adoção – fl. 11).

Ademais, o simples fato de terem conhecimento de que os vínculos jurídicos das crianças adotadas com seus familiares originários estavam rompidos, tanto que novas certidões de nascimento foram emitidas figurando os apelantes como pais, sem qualquer menção de que não eram ‘pais biológicos’ já seria por demais

significativo e indicativo de que a pretendida ‘devolução por laços afetivos’ não poderia ser acolhida pelo ordenamento jurídico.

Como mencionou a douda sentenciante ‘mesmo que M. E. viesse a Juízo dizendo que queria voltaí com a família biológica, este seu desejo não iria se sobrepor à negligência materna atestada no passado, forçando o Juízo a buscar outra alternativa que atendesse aos cuidados necessários à criança’.

[...].

Neste cenário, por mais desafiador e difícil que pudesse ter sido o período inicial da nova família, como relatado pela apelante em seu interrogatório judicial (CD audiovisual de fl. 191), não há como afastar a responsabilidade penal dos apelantes pelo crime de abandono material e pelo crime de entrega de filho menor a pessoa inidônea.

O concurso material reconhecido em primeiro grau, também não pode ser modificado nesta instância, posto que o caso se enquadra na conceituação do art. 69, do Código Penal: ‘Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela’.”

Nesse contexto, a pretensão recursal de demonstrar a ausência de dolo nas condutas, de provar a idoneidade da mãe biológica da menor, bem como da efetiva prestação de auxílio material à menor no período em que esta permaneceu com a genitora, para o fim de descaracterizar a prática das condutas criminosas, em contraste com toda a prova mencionada pelo acórdão recorrido, demandaria nova e aprofundada incursão no acervo fático-probatório carreado aos autos, providência inadmissível na via eleita, a teor da Súmula nº 7/STJ. Nesse sentido:

PROCESSUAL PENAL – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – ABANDONO MATERIAL – INÉPCIA DA DENÚNCIA – AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO – SÚMULAS NºS 282 E 356 DO STF – AUSÊNCIA DE DÓLO – IMPOSSIBILIDADE DE APRECIACÃO – SÚMULA Nº 7 DO STJ – AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO

1. O requisito do prequestionamento pressupõe prévio debate da questão pelo tribunal de origem, à luz da legislação federal indicada, com emissão de juízo de valor acerca dos dispositivos legais apontados como violados. Incidência das Súmulas nºs 282 e 356 do STF.

2. Na hipótese, a Corte estadual consignou que o agravante agiu com dolo a justificar sua condenação por abandono material de que trata o art. 244 do CP. O exame da pretensão recursal em reverter tal entendimento implica a necessidade de reexame do acervo fático-probatório dos autos. Incidência da Súmula nº 7 do STJ.

3. Agravo regimental não provido. (AgRg-AREsp 366.439/RS, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª T., Julgado em 26.05.2015, DJe 03.06.2015)

Quanto à tese de existência de consunção entre os delitos de *entrega de filho menor a pessoa inidônea* e *abandono material*, sustentada pela defesa, entendo não haver espaço para a sua acolhida.

O acórdão que julgou os embargos infringentes tratou do tema da seguinte forma (e-STJ fls. 470/472):

O recurso, porque atende aos pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, deve ser conhecido.

Quanto ao mérito, porém, não é digno de provimento.

O dissentimento do (Excelentíssimo Desembargador Jorge Schaefer Martins pode ser sintetizado nos seguintes parágrafos: “No caso dos autos, o reconhecimento da consunção se impõe. Isso porque a conduta dos acusados foi única, qual seja, a entrega do filho menor a pessoa não idônea, restando o abandono material como consequência direta daquela.

Assim, o crime de abandono material fica absorvido pelo delito previsto no art. 245, do Código Penal, configurando verdadeiro fato posterior não punível (fl. 350)”.

Ocorre, porém, que não se trata de uma “conduta única” (fl. 350). O delito previsto no art. 245 do Código Penal foi perpetrado com a entrega de M. E. M. B. à mãe biológica, M. F. de A., ao passo que o abandono material, inclusive nos termos da denúncia, foi cometido porque, “desde então, sem qualquer justa causa, os denunciados A. B. e D. M. M. se abstiveram do cumprimento dos poderes inerentes ao poder familiar com relação à filha M. E. M. B., deixando de lhe prestar qualquer tipo de assistência (material e moral), não destinando qualquer recurso para sua subsistência (fl. 3)”.

Ou, nas palavras do Representante do Ministério Público, o Excelentíssimo Promotor de Justiça Joel Rogério Furtado Júnior:

“Da análise dos autos, não há dificuldade em vislumbrarmos que ambos delitos foram perpetrados em contextos fáticos diferentes, cometidos, ainda, por meio de condutas temporalmente distintas e coincidente em um único momento (entrega de menor M. E. M. B, na época com 8 anos de idade, aos pais biológicos), fazendo, dessa forma, inexistir tal absorção, sob o argumento de que o crime de entrega do filho menor a pessoa inidônea (art. 245 do CP) já havia se consumado anteriormente (fls. 386/387).”

Para reforçar o argumento de que se trata de condutas distintas, tenha-se em consideração que, no termo de audiência acostado à fl. 197 (referente ao procedimento de destituição do poder familiar instaurado contra os embargantes), foi fixada verba alimentar, no equivalente a um salário mínimo mensal, em prol de M. E. M. B, isso em 13.10.2010. Em consulta ao site do Poder Judiciário Catarinense, porém vê-se que o pagamento não era efetuado com regularidade, de acordo com o teor da certidão emitida em 03.02.2011:

“Informo, para os devidos fins, que os pagamentos não vêm sendo feitos de forma regular, conforme extrato em anexo. No primeiro mês foi paga a quantia de R\$ 300,00; segundo mês foi pago, em 17.12.2010, a quantia de

R\$ 400,00 e em janeiro foi paga a quantia de R\$ 800,00. Informo que, em atraso, tem-se a quantia de R\$ 4.763,57, conforme cálculo em anexo (autos nº 0007571-24.2009.8.24.0079).”

A conduta proibida pelo art. 244 do Código Penal, na qual incorreram os Embarcantes, consiste em “deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do sujeito passivo, não lhe proporcionando os recursos necessários para viver” (MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, v. 3, 2008. p. 30), ao passo que, para a configuração do delito do art. 245 da Lei Substantiva, “é suficiente que haja a entrega, ainda que por período breve, já que se trata de crime de perigo” (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, v. 4, 2013. p. 250).

A entrega do filho não pressupõe a cessação do auxílio material que os pais precisam prestar ao menor de idade (de modo que tal interrupção não configura mero exaurimento do outro delito, ou um pós-fato impunível), tampouco consiste em meio necessário à execução do delito de abandono material.

E nesse nexo de dependência entre a consumação de um delito e a prática de outro como meio de execução daquele é que se verifica a absorção, segundo Guilherme de Souza Nucci:

“Quando o fato previsto por uma lei está, igualmente, contido em outra de maior amplitude, aplica-se somente esta última. Em outras palavras, quando a infração prevista na primeira norma constituir simples fase de realização da segunda infração, prevista em dispositivo diverso, deve-se aplicar apenas a última. Conforme esclarece Nicás, ocorrerá consunção quando determinado tipo penal absorve o desvalor de outro, excluindo-se este de sua função punitiva. A consunção provoca o esvaziamento de uma das normas, que desaparece subsumida pela outra (*El concurso de normas penales*, p. 157) (NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 168/169)”

Assim, como não há tal liame entre os dois delitos neste caso, não se está diante de um conflito aparente de normas penais a ser resolvido pelo critério da consunção; são, em verdade, duas condutas autônomas, individualmente dignas da repressão estatal.

Ao meu sentir, esse entendimento não merece reparos.

O princípio da consunção pressupõe que um delito seja meio ou fase normal de execução de outro crime (crime-fim), ou mesmo conduta anterior ou posterior intimamente interligada ou inerente e dependente deste último, mero exaurimento de conduta anterior, não sendo obstáculo para sua aplicação a proteção de bens jurídicos diversos ou a absorção de infração mais grave pelo de menor gravidade, segundo jurisprudência desta Corte, podendo ser citados, nesse sentido, o REsp 1.294.411/SP, Rel^a Min. Laurita Vaz, 5^a T., DJe 03.02.2014 e o AgRg-REsp 1.425.746/PA, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6^a T., DJe 20.06.2014, ambos assim ementados, respectivamente:

RECURSO ESPECIAL – PENAL E PROCESSUAL PENAL – POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO RASPADA E RESISTÊNCIA – INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – CONDUTAS AUTÔNOMAS – AUSÊNCIA DE NEXO DE DEPENDÊNCIA OU SUBORDINAÇÃO ENTRE OS DELITOS – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO

1. De acordo com a atual jurisprudência consolidada deste Superior Tribunal de Justiça, a aplicação do princípio da consunção pressupõe a existência de ilícitos penais (delitos-meio) que funcionem como fase de preparação ou de execução de outro crime (delito-fim), com evidente vínculo de dependência ou subordinação entre eles; não sendo obstáculo para sua aplicação a proteção de bens jurídicos diversos ou a absorção de infração mais grave pelo de menor gravidade. Precedentes.

2. No caso, inaplicável o princípio da consunção ante o delineamento fático do caso, no qual o porte de arma de fogo constituiu-se conduta autônoma relativamente ao delito de resistência, mormente pela circunstância de que a abordagem feita pela polícia ocorreu de forma aleatória quando realizam patrulhamento de rotina; o que evidencia a ausência de nexo de dependência ou subordinação entre os delitos.

3. Recurso parcialmente provido para, cassando o acórdão recorrido, determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que, afastada a incidência do princípio da consunção, aprecie as demais teses da apelação defensiva.

PENAL – AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL – ACÓRDÃO A QUO QUE APLICOU O PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO – ENTENDIMENTO QUE GUARDA CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE – SÚMULA Nº 83/STJ

1. A aplicação do princípio da consunção pressupõe a existência de ilícitos penais (delitos-meio) que funcionem como fase de preparação ou de execução de outro crime (delito-fim), com evidente vínculo de dependência ou subordinação entre eles; não sendo obstáculo para sua aplicação a proteção de bens jurídicos diversos ou a absorção de infração mais grave pelo de menor gravidade (REsp 1.294.411/SP, Min. Laurita Vaz, 5ª T., DJe 03.02.2014). Precedentes.

2. Agravo regimental improvido.

Para a existência da consunção, as condutas criminosas devem ser praticadas no mesmo contexto fático, sendo que uma delas constitui elemento necessário ou fase necessária para a consecução do delito subsequente, punindo-se apenas este último.

No caso, os tipos dos arts. 244 e 245 do Código Penal inserem-se no capítulo que objetiva punir delitos contra a assistência familiar, mas as condutas são independentes, não havendo interligação ou subordinação entre elas.

A doutrina aponta que o delito do art. 245 do Código Penal é próprio, formal (ou seja, não exige dano efetivo ao menor) e instantâneo (Guilherme de Souza Nucci, Fernando Capez). Assim, basta a simples entrega do filho menor

de 18 anos a pessoa em cuja companhia o pai saiba ou devia saber que este ficaria moral ou materialmente em perigo *para que o crime esteja consumado*.

Sobre o *perigo material ou moral*, aduz Guilherme de Souza Nucci o seguinte:

Perigo material ou moral: perigo material é o que se pode verificar sensitivamente (permitir que o menor se envolva com atividades de extremo risco, comprometedoras de sua integridade física); perigo moral é o que não é detectado pelos sentidos, referindo-se às atividades comprometedoras da boa formação moral da pessoa humana (permitir que o menor se envolva com prostituição ou atividades criminosas (*Código Penal comentado*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 245).

Do mesmo modo, registra Fernando Capez:

Trata-se de crime instantâneo. Consuma-se com a entrega do menor a pessoa inidônea. Não se exige que ele fique sob os cuidados desta durante longo período de tempo. Em que pese tratar-se de crime de perigo, é, sobretudo, um delito plurissubsistente, comportando a tentativa. Exemplifica Noronha: Se um pai está para confiar o filho a um mendigo ou ébrio habitual e, nesse instante, é obstado pela autoridade ou por outra pessoa, não há dúvida de que houve interrupção do ato executivo, por motivos alheios à sua vontade.

Assim, o perigo material a que se refere o artigo não está relacionado à privação de meios de subsistência.

É o crime de abandono material (CP, art. 244) que tutela, segundo Fernando Capez, a família, *especificamente no que diz respeito ao amparo material (alimentos, remédios, vestes, habitação, etc.)*, devido reciprocamente por seus membros. (*Curso de Direito Penal*, Parte Especial. 13. ed. São Paulo: Saraiva, v. 3, 2015. p. 194).

No caso desse delito, as ações punidas pela norma são *deixar de prover*, sem justa causa, a subsistência das pessoas que menciona (cônjuge, filho menor de 18 anos ou inapto para o trabalho, ascendente inválido ou maior de sessenta anos), não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, ou ainda, *deixar de socorrer*, também sem justa causa, descendente ou ascendente gravemente enfermo.

Lembra, ainda, Fernando Capez, a subsistência a que se refere comporta os meios necessários à vida, como os alimentos, vestuário, habitação, medicamentos. O tipo penal prevê os modos pelos quais o agente deixa de atender à subsistência do sujeito passivo: (a) não lhe proporcionando os recursos necessários; (b) ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada (ob. cit., p. 194/195).

Destarte, o abandono material não pressupõe a entrega do filho a pessoa inidônea ou vice-versa. Isto é, pode-se deixar de prover a subsistência de filho

menor de 18 anos, estando ele com pessoa absolutamente idônea. Da mesma forma, é possível a existência do delito do art. 245 sem que se comprometa a subsistência do menor.

No caso concreto, as instâncias ordinárias concluíram que os agravantes praticaram duas condutas distintas, isto é, além de entregarem a filha menor a pessoa que sabiam ser inidônea, consumando, neste momento, o delito do art. 245 do Código Penal, deixaram de prover meios suficientes à sua subsistência, inclusive depois de fixada pensão pelo Juízo.

No tocante ao dissídio jurisprudencial, observa-se ser inadmissível a mera indicação de súmula desta Corte. No mais, além da ausência do devido cotejo analítico, a Súmula nº 7/STJ obsta o seguimento do recurso pela dissidência interpretativa, pois das transcrições feitas não se conclui pela existência de similitude fática dos paradigmas com a hipótese retratada nos autos. Nesse contexto, não há que se falar em consunção.

Ante o exposto, subsistentes os fundamentos da decisão agravada, *nego provimento* ao agravo.

É o voto.

Ministro Reynaldo Soares da Fonseca
Relator

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0049771-0 AgRg-AREsp 672.170/SC

Matéria criminal

Números Origem: 00000523120158240000 00103967120158240000

00287369720148240000 079090069062 20130261684000100

20140531137000100 20140531137000101

Em Mesa Julgado: 02.02.2016

Segredo de Justiça

Relator: Exmo. Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca

Presidente da Sessão: Exmo. Sr. Ministro Felix Fischer

Subprocurador-Geral da República: Exmo. Sr. Dr. Alcides Martins

Secretário: Bel. Marcelo Pereira Cruvinel

AUTUAÇÃO

Agravante: D. M. B.

Agravante: A. B.

Advogados: Reti Jane Popelier
Vilza Terezinha Guindani Weber e outro(s)
Agravado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina
Assunto: Direito Penal – Crimes contra a família – Crimes contra a assistência familiar – Abandono material

AGRAVO REGIMENTAL

Agravante: D. M. B.
Agravante: A. B.
Advogados: Vilza Terezinha Guindani Weber e outro(s)
Deborah Marina Moreira
Agravado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

CERTIDÃO

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

“A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental.”

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Felix Fischer, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

7752

Superior Tribunal de Justiça

Sentença Estrangeira Contestada nº 10.697 – EX (2013/0334166-5)

Relator: Ministro Raul Araújo

Requerente: V. F. I.

Advogado: Fabiane Rodrigues de Castro

Requerente: M. Y. I. A.

Requerido: E. M. de A.

Advogado: Defensoria Pública da União – Curador Especial

Interes.: M. Y. C.

Advogado: Fabiane Rodrigues de Castro

EMENTA

SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA – ADOÇÃO – FALTA DE CONSENTIMENTO DO PAI BIOLÓGICO, A QUEM SE ATRIBUI ABANDONO DO MENOR – SITUAÇÃO DE FATO CONSOLIDADA EM BENEFÍCIO DO ADOTANDO – ADOÇÃO POR PADRASTO QUE PERDURA HÁ MAIS DE DOZE ANOS – MAIORIDADE SUPERVENIENTE – REQUISITOS PARA HOMOLOGAÇÃO DA SENTENÇA ESTRANGEIRA – PREENCHIMENTO – HOMOLOGAÇÃO DEFERIDA

1. O caso em exame traz as seguintes circunstâncias: I) a adoção do menor brasileiro foi deferida, pela sentença estrangeira homologanda, ao atual esposo italiano da brasileira mãe biológica da criança, cuja guarda fora anteriormente outorgada à genitora pela Justiça brasileira; II) tanto no processo estrangeiro como em outro que tramitou no Brasil foi reconhecido o abandono do menor pelo pai biológico; III) a adoção por sentença italiana já perdura por longo tempo – mais de doze anos –, encontrando-se o adotando, também requerente, hoje com mais de 23 anos de idade e apresentando nítido interesse na regularização de seu *status* familiar.

2. No contexto, está configurada hipótese excepcional de dispensa: do consentimento paterno, sem prévia destituição do pátrio poder, para a adoção do, à época, menor; e da citação pessoal do pai biológico no processo estrangeiro e neste pedido homologatório de sentença estrangeira.

3. É, assim, devida a homologação da sentença estrangeira de adoção, porquanto atendidos os requisitos previstos no art. 15 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e nos arts. 216-A a 216-N do RISTJ, bem como constatada a ausência de ofensa à soberania nacional, à or-

dem pública e à dignidade da pessoa humana (LINDB, art. 17; RISTJ, art. 216-F).

4. Defere-se o pedido de homologação da sentença estrangeira.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Corte Especial, por unanimidade, deferir o pedido de homologação de sentença, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Felix Fischer, João Otávio de Noronha, Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura, Jorge Mussi, Luis Felipe Salomão, Mauro Campbell Marques e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Francisco Falcão, Nancy Andrichi, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho e Og Fernandes.

Brasília, 02 de setembro de 2015 (data do Julgamento).

Ministra Laurita Vaz
Presidente

Ministro Raul Araújo
Relator

RELATÓRIO

O Senhor Ministro Raul Araújo:

Trata-se de pedido de homologação de sentença estrangeira de adoção de menor proferida pelo Tribunal para Menores de Milão, República Italiana.

Após manifestação do requerente, determinou-se a realização de citação por edital. Uma vez feita a comunicação e não havendo manifestação no prazo legal, nomeou-se curador especial.

A Defensoria Pública da União, na qualidade de curadora especial, apresentou contestação requerendo o indeferimento do pedido de homologação, com base nos seguintes fundamentos: (I) ausência de citação do pai biológico da criança no processo alienígena e no presente, não tendo sido exauridos todos os meios para sua localização; (II) não poderia ter sido aplicada a revelia no processo de adoção do, à época, menor, pois tratava-se de direito indisponível; (III) *“todo e qualquer provimento que disponha sobre a adoção internacional de menor brasileiro, deve cumprir determinadas exigências elencadas no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, instituído pela Lei nº 8.069, de 1990, exigências estas que, por via de consequência, também acabam se tornando*

requisitos para a homologação de sentenças estrangeiras de adoção internacional, sob pena de atentado à nossa ordem pública e à soberania nacional [...]. E o que se pode observar dos autos, é que não existe qualquer evidência de que o processo de adoção, que resultou na sentença homologanda, cumpriu tais exigências legais, em especial, não se vislumbrando qualquer indício de que tenha sido feito o necessário estudo social ou tenha sido emitido qualquer laudo que habilitasse o adotante ao processo de adoção do então menor. Logo, seria atentatório à nossa ordem pública e soberania o reconhecimento da validade de um provimento estrangeiro sem a prova de que foram cumpridos os requisitos elencados no art. 52 da Lei nº 8.069/1990 – ECA”; (IV) “o pedido de homologação de sentença estrangeira, na ação de adoção do requerente, junto ao egrégio Tribunal, é inconcebível, pois afronta o comando legislativo elencado no art. 1.603, CC: ‘A filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil’. A paternidade que consta no registro público, do Cartório de do Requerido, não sendo possível ignorar ato de fé pública, sem amparo legal”.

Instado a se manifestar, o d. órgão do Ministério Público Federal opinou pelo deferimento do pedido de homologação da sentença estrangeira.

A seguir, foram os autos distribuídos a este Relator.

É o relatório.

VOTO

O Senhor Ministro Raul Araújo (Relator):

De início, é importante esclarecer que o pedido de homologação de sentença estrangeira não se refere à hipótese de adoção internacional prevista no art. 51 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que remete ao art. 2º da Convenção de Haia, de 29.05.1993, relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, promulgada pelo Decreto nº 3.087, de 21.06.1999, os quais objetivam coibir o tráfico transnacional de crianças, dando efetividade ao princípio da proteção integral ao menor.

No caso em exame, o adotante de nacionalidade italiana e o adotando brasileiro, à época do pedido de adoção, já conviviam em família sob o mesmo teto, no país estrangeiro, na companhia da mãe biológica do menor, que se casara com o adotante há alguns anos.

No mais, nos termos do art. 45, do ECA, a adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando, de modo que tal consentimento pode ser dispensado quando os pais do menor forem desconhecidos ou tenham sido destituídos, por decisão judicial, do pátrio poder familiar. A essas hipóteses de dispensa do consentimento a jurisprudência desta Corte de Justiça acrescentou mais uma, qual seja, quando, excepcionalmente, for constatada

uma situação de fato consolidada no tempo que seja favorável ao adotando. A propósito:

CIVIL – ADOÇÃO – CONSENTIMENTO DA GENITORA – AUSÊNCIA – DESTITUIÇÃO DO PÁTRIO PODER – PROCEDIMENTO PRÓPRIO – INOBSERVÂNCIA – LEI Nº 8.069/1990 (ECA), ARTS. 24, 45, § 1º, 155, 156, 166 E 169 – SITUAÇÃO FORTEMENTE CONSOLIDADA NO TEMPO – PRESERVAÇÃO DO BEM-ESTAR DO MENOR – MANUTENÇÃO, EXCEPCIONAL, DO *STATUS QUO*

I – A dispensa do consentimento paterno e materno para a adoção de menor somente tem lugar quando os genitores sejam desconhecidos ou quando destituídos do pátrio poder.

II – Não se configurando expressa anuência da mãe, esta, para perfazer-se, depende, então, da destituição da genitora, o que se opera mediante ação própria, obedecido o devido processo legal previsto na Lei nº 8.069/1990, inservível, para tanto, o aproveitamento de mero requerimento de jurisdição voluntária.

III – Caso, todavia, em que a adoção perdura por longo tempo – mais de dez anos – achando-se o menor em excelentes condições, recebendo de seus pais adotivos criação e educação adequadas, como reconhecido expressamente pelo Tribunal estadual e *parquet* federal, a recomendar, excepcionalmente, a manutenção da situação até aqui favorável à criança, cujo bem estar constitui o interesse maior de todos e da Justiça.

IV – Recurso especial não conhecido.

(REsp 100.294/SP, 4ª T., Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ de 19.11.2001)

SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA – ADOÇÃO – FALTA DE CONSENTIMENTO DO PAI BIOLÓGICO – ABANDONO – SITUAÇÃO DE FATO CONSOLIDADA EM BENEFÍCIO DA ADOTANDA – HOMOLOGAÇÃO

1. Segundo a legislação pátria, a adoção de menor que tenha pais biológicos no exercício do pátrio poder pressupõe, para sua validade, o consentimento deles, exceto se, por decisão judicial, o poder familiar for perdido. Nada obstante, o STJ decidiu, excepcionalmente, por outra hipótese de dispensa do consentimento sem prévia destituição do pátrio poder: quando constatada uma situação de fato consolidada no tempo que seja favorável ao adotando (REsp 100.294/SP).

2. *Sentença estrangeira de adoção assentada no abandono pelo pai de filho que se encontra por anos convivendo em harmonia com o padrasto que, visando legalizar uma situação familiar já consolidada no tempo, pretende adotá-lo, prescinde de citação, mormente se a Justiça estrangeira, embora tenha enviado esforços para localizar o interessado, não logrou êxito.*

3. Presentes os demais requisitos e verificado que o teor da decisão não ofende a soberania nem a ordem pública (arts. 5º e 6º da Resolução STJ nº 9/2005).

4. Sentença estrangeira homologada.

(SEC 259/HK, Corte Especial, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe de 23.08.2010)

SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA – ADOÇÃO – REGULARIDADE FORMAL – PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS – HOMOLOGAÇÃO DEFERIDA

1. Foram observados os pressupostos indispensáveis ao deferimento do pleito previstos nos arts. 5º e 6º da Resolução nº 9/2005 desta Corte.

2. Nos termos do art. 51 do Estatuto da Criança e do Adolescente – que remete ao art. 2º da Convenção de Haia, de 29.05.1993 –, a adoção internacional ocorre quando a pessoa ou casal adotante seja residente ou domiciliado fora do Brasil e haja o deslocamento do adotando para outro Estado. No caso, a despeito de o adotante possuir nacionalidade suíça e o adotando brasileira, à época do pedido de adoção já conviviam há mais de 10 anos no país estrangeiro na companhia de sua genitora.

3. Para a adoção de menor que tenha pais biológicos no exercício do poder familiar, haverá a necessidade do consentimento de ambos, salvo se, por decisão judicial, forem destituídos desse poder, consoante a regra contida no art. 45, do ECA.

4. É causa autorizadora da perda judicial do poder familiar, nos termos do art. 1.638, II, do Código Civil, o fato de o pai deixar o filho em abandono. Na hipótese, há nos autos escritura pública assinada pelo pai biológico dando conta de que houve manifesto abandono de seu filho menor, situação, aliás, expressamente levantada no título judicial submetido à presente homologação bem como no parecer do ministerial.

5. Excepcionalmente, o STJ admite outra hipótese de dispensa do consentimento sem prévia destituição do poder familiar, quando for observada situação de fato consolidada no tempo que seja favorável ao adotando, como no caso em exame. Precedentes.

6. Homologação de sentença estrangeira deferida.

(SEC 274/EX, Corte Especial, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 19.11.2012)

PROCESSUAL CIVIL – SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA – ADOÇÃO – REGULARIDADE FORMAL – REQUISITOS PREENCHIDOS – HOMOLOGAÇÃO CONCEDIDA

1. O ato homologatório da sentença estrangeira limita-se à análise dos seus requisitos formais, sendo, portanto, incabível o exame do mérito da decisão estrangeira à qual se pretende atribuir efeitos no território pátrio.

2. A discussão acerca do direito material subjacente ultrapassaria os limites fixados pelo art. 9º, *caput*, da Resolução nº 9/STJ, de 04.05.2005.

3. A jurisprudência deste Superior Tribunal é no sentido de recomendar a manutenção da situação favorável à criança, mesmo sem destituição prévia do pátrio poder dos pais biológicos, se a adoção perdura por longo tempo e o menor se encontra em excelentes condições com os pais adotivos.

4. Homologação concedida.

(SEC 3.234/EX, Corte Especial, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe de 13.08.2013)

HOMOLOGAÇÃO – ADOÇÃO DE MENOR – NULIDADE DA CITAÇÃO NO PROCESSO ALIENÍGENA NÃO VERIFICADA – FALTA DE CONSENTIMENTO DO PAI BIOLÓGICO – DISPENSA – SITUAÇÃO FÁTICA CONSOLIDADA FAVORAVELMENTE À ADOTANDA – PEDIDO DEFERIDO

1. *O cumprimento dos requisitos relativos aos institutos processuais no processo alienígena deve obedecer as regras locais, daí porque não cabe arguição no sentido de que a citação não se deu nos termos da legislação processual pátria.*

2. *A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça entende possível a adoção sem o consentimento de um dos pais quando a situação fática consolidada no tempo for favorável ao adotando, como na espécie.*

3. Pedido de homologação deferido.

(SEC 9.073/EX, Corte Especial, Rel^a Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 24.09.2014)

SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA – ADOÇÃO – FALTA DE CONSENTIMENTO DO PAI BIOLÓGICO – CITAÇÃO – DESNECESSIDADE – ABANDONO – SITUAÇÃO DE FATO CONSOLIDADA EM BENEFÍCIO DO ADOTANDO – ESTUDO SOCIAL E LAUDO PERTINENTE ÀS CONDIÇÕES DO ADOTANTE – DESNECESSIDADE – HOMOLOGAÇÃO

1. Segundo a legislação pátria, a adoção de menor que tenha pais biológicos no exercício do pátrio poder pressupõe, para sua validade, o consentimento deles, exceto se, por decisão judicial, o poder familiar for perdido. Nada obstante, não se pode formular exigências descabidas e inexecuíveis, sob pena de se negar acesso à justiça nacional.

2. *Sentença estrangeira de adoção assentada no abandono pelo pai de filho que se encontra por anos convivendo em harmonia com o padrasto que, visando legalizar uma situação familiar já consolidada no tempo, pretende adotá-lo, prescinde de citação, mormente se a Justiça estrangeira, embora tenha enviado esforços para localizar o interessado, não logrou êxito.*

3. As normas atinentes à adoção internacional, previstas na Convenção de Haia e incorporadas pelo Estatuto da Criança e Adolescente, aplicam-se aos casos em que o adotante seja domiciliado fora do Brasil e seja necessário o deslocamento do adotando para outro país, bem como haja inserção completa em outra unidade familiar (ou seja, casos em que o adotando passe a conviver com novos pais). *O presente caso, não obstante, trata de situação diversa: adoção unilateral (apenas pelo padrasto), quando o infante já vivia no mesmo território do adotante, bem como em situação que não implicou a completa inserção em outra unidade familiar, pois a criança continuou convivendo com a mãe biológica.*

4. Presentes os demais requisitos objetivos e verificado que o teor da decisão não ofende a soberania nem a ordem pública (arts. 5º e 6º da Resolução STJ nº 9/2005).

5. Pedido de homologação deferido.

(SEC 8.600/EX, Corte Especial, Rel. Min. Og Fernandes, DJe de 16.10.2014)

HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA PROFERIDA NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA – ADOÇÃO – AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DO PAI BIOLÓGICO NO PROCESSO ALIENÍGENA E QUE, ATUALMENTE, SE ENCONTRA EM LOCAL INCERTO E NÃO SABIDO – SITUAÇÃO DE FATO QUE JÁ PERDURA HÁ MAIS DE DEZ ANOS

1. A sentença estrangeira, proferida pela autoridade competente, transitou em julgado, está autenticada pelo cônsul brasileiro e traduzida por tradutor juramentado no Brasil.

2. *Correta a sinalização deste Tribunal em mitigar a necessidade de citação do pai no processo alienígena, quando ele é citado no processo de homologação e manifesta seu desinteresse na lide. Precedentes.*

3. *Na mesma linha, não obsta à homologação da sentença estrangeira a falta de citação do pai biológico para responder ao processo de adoção de pessoa que atingiu a maioridade, mormente quando a filha, a própria requerente da homologação, pretende a regularização de sua situação de fato. Ademais, não há necessidade de consentimento do pai para a adoção, sendo que a filha já adquiriu a nacionalidade americana e, principalmente, vem sendo criada em ótimas condições pelo seu pai adotivo (brasileiro residente nos Estados Unidos) há mais de dez anos. Além disso, no processo de homologação, constatou-se ser desconhecido o paradeiro do pai, que, não obstante os ofícios encaminhados à Receita Federal e à Justiça Eleitoral, não foi localizado.*

4. Foi promovida a citação de terceiros possíveis interessados neste processo.

5. Homologação da sentença estrangeira deferida.

(SEC 6.396/EX, Corte Especial, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe de 06.11.2014)

No caso em exame, consta dos trâmites da sentença estrangeira: (I) o reconhecimento do abandono do menor pelo pai biológico, a partir de seu quarto ano de idade, conforme sustentado pela mãe biológica e verificado no “*resultado da investigação realizada pelo serviço social internacional de modo incontestável*”; (II) em 1999, conforme documentos de fls. 113/114, estando o pai “*residindo na cidade do Rio de Janeiro, não sabendo informar o endereço*”, a mãe teve de pedir a prorrogação do termo de entrega e responsabilidade, o que lhe foi deferido; (III) em dezembro de 2001, o Juizado de Menores de Manaus, Amazonas, “*outorgou a guarda do menor à mãe, devido ao desaparecimento do pai*”; (IV) o adotante, atual esposo da mãe biológica do menor, tem sido o verdadeiro pai do adotando nos últimos anos. Tais fatos pressupõem o desinteresse do pai biológico pelo filho e por sua própria condição de pai.

Ademais, a adoção por sentença estrangeira perdura por longo tempo – mais de doze anos –, encontrando-se o adotando, também requerente, hoje com mais de 23 anos de idade – portanto, maior para a prática do atos da vida civil – e apresentando nítido interesse na regularização de seu *status* familiar (fls. 79/91).

Nesse contexto, entende-se que, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, está configurada hipótese excepcional de dispensa do consentimento paterno, sem prévia destituição do pátrio poder, para a adoção do menor, e, do mesmo modo, a citação pessoal no processo estrangeiro e no pedido homologatório de sentença estrangeira. Não há, pois, restrição impeditiva para a homologação da sentença estrangeira de adoção.

Por fim, registre-se ser devida a homologação da sentença estrangeira, porquanto foram atendidos os requisitos previstos no art. 15 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e nos arts. 216-A a 216-N do RISTJ, bem como constatada a ausência de ofensa à soberania nacional, à ordem pública e à dignidade da pessoa humana (LINDB, art. 17; RISTJ, art. 216-F).

Na hipótese em exame, foram cumpridos os requisitos exigidos nos mencionados dispositivos, na medida em que a sentença estrangeira que se pretende homologar:

- (I) foi proferida por autoridade competente, sendo certo não se tratar de causa de competência exclusiva de autoridade judiciária brasileira (CPC, art. 89);
- (II) está devidamente autenticada pelo consulado brasileiro e acompanhada de tradução para o vernáculo por tradutor público juramentado, conforme consta de fls. 42/50;
- (III) refere-se a caso excepcional que autoriza a dispensa do consentimento do pai biológico e do requisito da citação válida, nos termos acima explicitados;
- (IV) refere-se a adoção de menor, hoje já maior, não havendo ofensa à soberania nacional, à ordem pública ou à dignidade da pessoa humana;
- (V) transitou em julgado (fl. 43).

Diante do exposto, defere-se o pedido de homologação da sentença estrangeira de adoção.

Sem custas (art. 1º da Resolução nº 9/2005, STJ, vigente à época). Deve o requerido arcar com os honorários advocatícios, os quais ficam arbitrados em R\$ 1.000,00.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO CORTE ESPECIAL

Número Registro: 2013/0334166-5 Processo Eletrônico SEC 10.697/IT
Pauta: 02.09.2015 Julgado: 02.09.2015

Segredo de Justiça

Relator: Exmo. Sr. Ministro Raul Araújo

Presidente da Sessão: Exma. Sra. Ministra Laurita Vaz

Subprocurador-Geral da República: Exmo. Sr. Dr. Eugênio José Guilherme de Aragão

Secretária: Bel^a Vânia Maria Soares Rocha

AUTUAÇÃO

Requerente: V. F. I.

Advogado: Fabiane Rodrigues de Castro

Requerente: M. Y. I. A.

Requerido: E. M. de A.

Advogado: Defensoria Pública da União – Curador Especial

Interes.: M. Y. C.

Advogado: Fabiane Rodrigues de Castro

Assunto: Direito da Criança e do Adolescente – Seção cível – Adoção internacional

CERTIDÃO

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

A Corte Especial, por unanimidade, deferiu o pedido de homologação de sentença, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, João Otávio de Noronha, Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura, Jorge Mussi, Luis Felipe Salomão, Mauro Campbell Marques e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Francisco Falcão, Nancy Andrighi, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho e Og Fernandes.

7753

Superior Tribunal de Justiça

Recurso Especial nº 1.249.133 – SC (2011/0093209-0)

Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira

R. p/Ac.: Ministro Raul Araújo

Recorrente: A. da R. L. – Espólio

Repr. por: F. da S. L. – Inventariante

Advogados: Megalvio Mussi Junior e outro(s)

Ingrid Orlandi Brilinger e outro(s)

Recorrido: M. G. L. (Menor)

Repr. por: F. G.

Advogado: Eduardo Luiz Zanini Fernandes e outro(s)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DE ALIMENTOS – AVÔ PATERNO – OBRIGAÇÃO DE NATUREZA COMPLEMENTAR – COMPROVAÇÃO DE QUE A GENITORA E O ESPÓLIO DO GENITOR ESTÃO IMPOSSIBILITADOS DE ARCAREM COM A PRESTAÇÃO ALIMENTAR – NÃO OCORRÊNCIA – RECURSO PROVIDO

1. A obrigação dos avós de prestar alimentos tem natureza complementar e somente exsurge se ficar demonstrada a impossibilidade de os dois genitores proverem os alimentos dos filhos, ou de os proverem de forma suficiente. Precedentes.
2. No julgamento do REsp 1.354.693/SP, ficou decidido que o espólio somente deve alimentos na hipótese em que o alimentado é também herdeiro, mantendo-se a obrigação enquanto perdurar o inventário.
3. Nesse contexto, não tendo ficado demonstrada a impossibilidade ou a insuficiência do cumprimento da obrigação alimentar pela mãe, como também pelo espólio do pai falecido, não há como reconhecer a obrigação do avô de prestar alimentos.
4. O falecimento do pai do alimentante não implica a automática transmissão do dever alimentar aos avós.
5. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Ministro Marco Buzzi dando provimento ao recurso especial, acompanhando a divergência, e o voto da Ministra Maria Isabel Gallotti no mesmo sentido, a Quarta Turma, por maioria, decide dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto divergente do Ministro Raul Araújo, que lavrará o acórdão.

Vencido o relator, que negava provimento ao recurso especial. Votaram com o Sr. Ministro Raul Araújo os Srs. Ministros Marco Buzzi e Maria Isabel Gallotti (Presidente). Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão.

Brasília, 16 de junho de 2016 (data do Julgamento).

Ministro Raul Araújo
Relator

VOTO-VENCIDO

O Exmo. Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: M. G. L., ora recorrido, ajuizou ação de alimentos contra A. da R. L., seu avô, esclarecendo que o vínculo de parentesco com seu pai – filho do recorrente – foi reconhecido por decisão judicial passada em julgado, proferida em ação investigatória de paternidade.

Noticiou que, em demanda anterior, o genitor foi condenado a pagar-lhe o equivalente a dois salários-mínimos mensais, a título de alimentos. Afirma que, ante o falecimento de seu pai, a prestação alimentar deixou de ser paga, a despeito de restar mantida a necessidade, razão pela qual direcionou o pedido ao ascendente seguinte, segundo o previsto no art. 397 do Código Civil de 1916.

Despachada a petição inicial, fixou-se desde logo a quantia equivalente a 1 (um) salário-mínimo mensal, a título de alimentos provisórios (e-STJ fl. 15).

Citado, compareceu aos autos o recorrente. Ofereceu contestação afirmando, em síntese, sua ilegitimidade passiva e o litisconsórcio passivo necessário, e impugnando o mérito do pedido, ao argumento de que desnecessária a prestação reivindicada (e-STJ fls. 28/37). Na mesma oportunidade, ajuizou a ação declaratória incidental que é objeto do Recurso Especial nº 1.331.815/SC.

Instruído o feito, sobreveio sentença com o julgamento de parcial procedência dos pedidos iniciais, condenando o ora recorrente ao pagamento de alimentos no valor equivalente a um salário-mínimo e meio por mês (e-STJ fls. 117/122).

O réu-recorrente, então, interpôs recurso de apelação (e-STJ fls. 128/138).

Em suas razões recursais, suscitou preliminar de nulidade da sentença, à vista de pender o julgamento da ação incidental por ele ajuizada. No mérito, renovou as teses levantadas em contestação.

O recurso foi julgado conforme acórdão juntado às fls. 211/216 (e-STJ).

Concluiu a Corte de origem inexistir nulidade na sentença, proferida antes que se apreciasse recurso interposto contra decisão que extinguiu ação incidental, pela ausência de interesse de agir. Afastou a tese de ilegitimidade passiva e assentou a obrigação do recorrente ao pagamento da prestação alimentar, até a data em que o credor complete 24 (vinte e quatro) anos, considerando sua condição de universitário.

Irresignado, interpõe o presente recurso especial, asseverando violados os arts. 265, IV, c, e 266, do CPC, e arts. 1.696 e 1.700 do CC/2002, ao argumento de que necessária a suspensão do feito principal, até que definitivamente julgada a ação declaratória incidental por ele promovida. Repisou a tese de ser ilegítimo para responder aos termos da demanda, ao fundamento de que o pedido deveria voltar-se, antes, contra o espólio de A. da S. L., formado por bens de propriedade do falecido pai do recorrido.

Assim posta a discussão, passo ao exame do recurso.

De início, infrutífera a tese de que necessária a suspensão do feito até o julgamento definitivo da ação declaratória incidental, segundo o que prevê o art. 265, IV, c, do CPC.

Muito embora tenha efetivamente decretado a suspensão do processo (e-STJ, fl. 27), o Magistrado de piso determinou a retomada de seu curso após o julgamento de extinção da ação declaratória, o que afasta a circunstância prevista na norma legal em comento, que ordena o sobrestamento “quando a sentença de mérito [...] *tiver por pressuposto* o julgamento de questão de estado, requerido como declaração incidente”.

No caso sob exame, constatada pelo Magistrado de piso a ausência de interesse de agir do autor da ação incidental, o julgamento de mérito da ação de alimentos não mais pressupunha fosse antes julgada a questão de estado, mormente pelo fato de que o vínculo parental, afirmado como causa remota dos pedidos, havia sido antes assentado em decisão judicial passada em julgado.

Em tais circunstâncias, afigurar-se-ia despropositada a suspensão do feito principal, até que definitivamente julgados todos os recursos interpostos contra a decisão extintiva. A tese defendida pelo recorrente, ademais, vai de encontro ao princípio da duração razoável do processo, apregoado pelo art. 5º, inc. LXXVIII, da Constituição Federal.

Cabe ressaltar, a propósito, que o § 5º da norma em comento dispõe que a suspensão do processo não se dará por prazo superior a 1 (um) ano, findo o qual o juiz ordenará o seu prosseguimento. De tal sorte, ainda que se mantivesse a suspensão após o decreto extintivo da demanda (ajuizada há mais de uma década), mesmo assim, há muito o feito deveria ter retomado seu curso, em estrito acatamento à norma processual de regência.

No que se refere às aventadas violações dos arts. 1.696 e 1.700 do Código Civil de 2002 (note-se que a ação de alimentos foi proposta na vigência do Código Civil de 1916, e os pedidos vêm fundamentados nos arts. 397 da lei revogada; a previsão de transmissibilidade da obrigação alimentar, por sua vez, foi prevista no art. 23 da Lei nº 6.515/1977, contrapondo-se ao comando do art. 402 do CC/1916), melhor sorte não ampara a pretensão recursal.

É que, segundo o entendimento assentado pela Segunda Seção do STJ no julgamento do REsp 1.354.693/SP, a obrigação de prestar alimentos tem natureza personalíssima e *“extingue-se com o óbito do alimentante, cabendo ao espólio recolher, tão somente, eventuais débitos não quitados pelo devedor quando em vida”*. De outro lado, o art. 397 do CC/1916 (e, sem alteração no texto, o art. 1.696 do CC/2002) é expresso em determinar sua extensão a todos os ascendentes, observada a proximidade de grau. A legitimidade do recorrente sobressai, dessarte, por força de relação autônoma, em face de direito próprio e pedido diretamente formulado contra si, cuja necessidade e possibilidade foram assentados pelas instâncias ordinárias. No ponto:

“Em função do caráter personalíssimo da dívida alimentar afirmado no art. 402 do CC/1916 (v. art. 1.700, CC/2002), falecendo o devedor, não ficariam seus herdeiros obrigados a continuar a cumpri-la; desde que o devedor estivesse adstrito ao seu cumprimento em razão de sua condição pessoal pela morte do prestante, do mesmo modo a obrigação desaparece, não se transmitindo aos herdeiros do devedor; em condições tais, falecido o alimentante, não poderia o alimentário reclamar que os suprimentos, daí por diante, lhe fossem feitos pelos herdeiros ou parentes do *de cuius*; falecendo a pessoa obrigada, a pretensão alimentícia contra seus sucessores somente poderia ser exercitada por direito próprio, *ex novo*, e desde que verificados, entre o necessitado e o herdeiro do alimentante, os pressupostos previstos em lei; é que os herdeiros do devedor somente poderiam ser compelidos a prestar os alimentos àquela pessoa a quem ele os prestava, se encontrar-se ela vinculada a uma relação familiar a que a lei reconhece a obrigação, surgindo esta, portanto, para o novo obrigado, originariamente, e não na sua condição de herdeiro.”

(CAHALI, Yusséf Said. *Dos alimentos*. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 54/55)

Ante o exposto, *nego provimento* ao recurso especial.

É como voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUARTA TURMA**

Número Registro: 2011/0093209-0
Processo Eletrônico REsp 1.249.133/SC
Números Origem: 20040016891 20040016891000100
75010018683 75910000098
Pauta: 17.03.2016 Julgado: 17.03.2016
Segredo de Justiça
Relator: Exmo. Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira
Presidente da Sessão: Exma. Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti
Subprocuradora-Geral da República: Exma. Sra. Dra. Mônica Nicida Garcia
Secretário: Bel. Romildo Luiz Langamer

AUTUAÇÃO

Recorrente: A. da R. L. – Espólio
Repr. por: F. da S. L. – Inventariante
Advogados: Megalvio Mussi Junior e outro(s)
Ingrid Orlandi Brilinger e outro(s)
Recorrido: M. G. L. (Menor)
Repr. por: F. G.
Advogado: Eduardo Luiz Zanini Fernandes e outro(s)
Assunto: Direito Civil – Família – Alimentos

CERTIDÃO

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

Após o voto do Sr. Ministro Relator negando provimento ao recurso especial, *Pediu Vista* antecipada dos autos o Sr. Ministro Raul Araújo.

Aguardam os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão e Maria Isabel Gallotti (Presidente).

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Marco Buzzi.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUARTA TURMA**

Número Registro: 2011/0093209-0

Processo Eletrônico REsp 1.249.133/SC

Números Origem: 20040016891 20040016891000100 75010018683
75910000098

Pauta: 24.05.2016 Julgado: 24.05.2016

Segredo de Justiça

Relator: Exmo. Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira

Presidente da Sessão: Exma. Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti

Subprocurador-Geral da República: Exmo. Sr. Dr. Antônio Carlos Pessoa Lins

Secretária: Dra. Teresa Helena da Rocha Basevi

AUTUAÇÃO

Recorrente: A. da R. L. – Espólio

Repr. por: F. da S. L. – Inventariante

Advogados: Megalvio Mussi Junior e outro(s)
Ingrid Orlandi Brilinger e outro(s)

Recorrido: M. G. L. (Menor)

Repr. por: F. G.

Advogado: Eduardo Luiz Zanini Fernandes e outro(s)

Assunto: Direito civil – Família – Alimentos

CERTIDÃO

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

Adiado para a próxima sessão por indicação do Sr. Ministro Raul Araújo.

VOTO VENCEDOR

O Exmo. Sr. Ministro Raul Araújo: Cuida-se de recurso especial interposto pelo espólio de A. da R. L., com fundamento nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, em face de acórdão do eg. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, assim ementado:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE ALIMENTOS – *ACTIO* INTENTADA PELO NETO CONTRA O AVÔ – PAI FALECIDO – LEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* – DEVER DE ALIMENTAR EXTENSIVO AO ASCENDENTE MAIS PRÓXIMO – MAIORIDADE DO ALIMENTADO – FREQUÊNCIA A CURSO SUPERIOR COMPROVADA – OBRIGAÇÃO ALIMENTÍCIA ATÉ OS 24 ANOS – PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO – MANUTENÇÃO DA SENTENÇA – DESPROVIMENTO DO RECLAMO

Inexiste nulidade da sentença por ter sido proferida na pendência de ação incidental, mormente quando o recurso da respectiva decisão não foi conhecido pelo órgão *ad quem* por ausência de interesse de agir.

Nos termos do art. 1.696 do Código Civil: “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.”

É pacífico o entendimento de que o dever de prestar alimentos persiste até que o alimentando complete 24 anos de idade, quando comprovadamente frequenta curso superior. (e-STJ – fl. 212)

Aponta o recorrente, em suas razões, violação aos arts. 265, IV, *b*, e 266 do Código de Processo Civil de 73 e aos arts. 1.696 e 1.700 do Código Civil atual.

Sustenta que, com a propositura da ação declaratória incidental, na qual se pretende seja desconstituído o vínculo parental que ampara a pretensão alimentar, o presente processo deveria ter sido suspenso. Entende que o julgamento da apelação não é suficiente para convalidar a nulidade processual.

Aduz, por outro lado, que o afirmado pai do alimentando, A. S. L., deixou bens suficientes para garantir o pagamento de alimentos ao recorrido, o que lhe obrigava a intentar a ação contra os herdeiros ou o espólio, nos termos do art. 1.700 do Código Civil. Cita, em abono a sua tese, o AgRg-Ag 622.970/MG, da relatoria do Ministro Aldir Passarinho Junior; o REsp 219.199/PB, da relatoria do Ministro Fernando Gonçalves; e o REsp 1.010.963/MG, da relatoria da Min. Nancy Andrighi.

Frisa, ademais, que, “Ao entender que a obrigação alimentar do pai, pela simples razão do seu falecimento, transmite-se ao avô, o v. acórdão nega vigência tanto ao art. 1.696 do Código Civil, segundo o qual a sucessão na obrigação alimentar tem por causa a impossibilidade do alimentante original como ao art. 1.700 do Código Civil, segundo o qual a morte do alimentante transmite a obrigação alimentar aos seus herdeiros, [...]” (e-STJ – fl. 244).

Ressalta que, no julgamento do AgRg-Ag 622.970/MG, foi firmado o entendimento de que o ascendente pode suplementar a pensão alimentícia, mas desde que o responsável direto não tenha condições de arcar com tal obrigação.

Requer seja julgado procedente o recurso para que seja reconhecida a sua ilegitimidade passiva, ou seja julgado improcedente o pedido contra ele dirigido.

O ilustre Relator, Ministro Antonio Carlos Ferreira, negou provimento ao recurso especial, em vista dos seguintes fundamentos: (a) com a constatação de que carecia o autor de interesse de agir para propositura da ação incidental, não se mostrou mais necessária a suspensão do processo para aguardar a solução da questão de estado; (b) a tese do recorrente, no sentido de que a ação de ali-

mentos deveria ficar suspensa até o julgamento definitivo da ação declaratória incidental, contraria o princípio da duração razoável do processo; (c) a suspensão do processo não se dará por prazo superior a 1 (um) ano. Como o feito foi ajuizado há mais de uma década, há muito já teria havido seu prosseguimento; (d) conforme assentado pela eg. Segunda Seção no julgamento do REsp 1.354.693/SP, o dever de prestar alimentos “*extingue-se com o óbito do alimentante, cabendo ao espólio recolher, tão somente, eventuais débitos não quitados pelo devedor em vida*”; (e) o art. 397 do Código Civil de 1916 é expresso em determinar sua extensão a todos os ascendentes, observada a proximidade de grau; e (f) “*A legitimidade do recorrente sobressai, dessarte, por força de relação autônoma, em face de direito próprio e pedido diretamente formulado contra si, cuja necessidade e possibilidade foram assentados pelas instâncias ordinárias*”.

Pedi vista dos autos para uma análise mais próxima da controvérsia.

No que respeita à necessidade de suspensão do processo em vista do ajuizamento da ação declaratória incidental, verifica-se que, de acordo com o disposto no art. 265, § 5º, do CPC/1973, a suspensão nunca poderá exceder um ano, tendo esse prazo há muito se esgotado, já que o ajuizamento da ação data do ano de 2001.

Alega o recorrente, por outro lado, que é parte ilegítima para figurar no polo passivo da ação. Cita entendimento doutrinário segundo o qual a obrigação alimentar recai sobre os parentes mais próximos, devendo ser pedidos primeiramente ao pai ou à mãe. Não fosse isso, deveria a ação ter sido dirigida contra o espólio do falecido pai, ou contra os herdeiros. Afirma, além disso, que o alimentando terá direito ao recebimento dos bens deixados pelo pai, não ficando demonstrada a necessidade de participação do avô no seu sustento.

Ressalta, ainda, contrariar o disposto no art. 1.696 do Código Civil o entendimento de que a obrigação alimentar do pai, pela simples razão de seu falecimento, transmite-se ao avô. Estaria negada vigência, também, ao art. 1.700 do Código Civil, segundo o qual a morte do alimentante transmite a obrigação alimentar aos herdeiros.

Na vigência do Código Civil de 1916, a jurisprudência desta Corte adotava entendimento de que o filho menor tinha direito de receber alimentos provisionais do espólio enquanto se processasse o inventário. Confira-se:

ALIMENTOS – Sucessão. Ação contra espólio. O filho menor tem o direito de promover ação cautelar para obter alimentos provisionais do espólio do pai, enquanto se processa o inventário.

Interpretação do art. 23 da Lei nº 6.215/77. Art. 402 do C.Civ.

Recurso conhecido e parcialmente provido.

(REsp 60.635/RS, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4ª T., Julgado em 03.02.2000, DJ de 30.10.000, p. 159)

Com a entrada em vigor do Código Civil de 2003, a orientação adotada pela jurisprudência em um primeiro momento foi de que o espólio tinha o dever de continuar a prestar alimentos a quem o falecido devia. Nesse sentido:

DIREITO CIVIL – OBRIGAÇÃO – PRESTAÇÃO – ALIMENTOS – TRANSMISSÃO – HERDEIROS – ART. 1.700 DO NOVO CÓDIGO CIVIL

1. *O espólio tem a obrigação de prestar alimentos àquele a quem o de cujus devia, mesmo vencidos após a sua morte.* Enquanto não encerrado o inventário e pagas as quotas devidas aos sucessores, o autor da ação de alimentos e presumível herdeiro não pode ficar sem condições de subsistência no decorrer do processo. Exegese do art. 1.700 do novo Código Civil.

2. Recurso especial conhecido mas improvido.

(REsp 219.199/PB, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Rel. p/ Ac. Min. Fernando Gonçalves, 2ª S., Julgado em 10.12.2003, DJ de 03.05.2004, p. 91)

No julgamento do REsp 1.354.693/SP, essa orientação foi alterada para reconhecer que o espólio somente deve alimentos na hipótese em que o alimentado é também herdeiro, mantendo-se a obrigação enquanto perdurar o inventário. Confira-se o seguinte trecho destacado do voto vencedor, da lavra da eminente Ministra Nancy Andrighi:

“11. Daí a existência de precedentes que limitam a prestação dos alimentos, pelo espólio, à circunstância do alimentado também ser herdeiro, pois aqui existe o grave risco de que demoras, naturais ou provocadas, no curso do inventário, levem o alimentado à carência material inaceitável. Nesse sentido:

Direito civil e processual civil. Execução. Alimentos. Transmissibilidade. Espólio.

Transmite-se, aos herdeiros do alimentante, a obrigação de prestar alimentos, nos termos do art. 1.700 do CC/2002.

O espólio tem a obrigação de continuar prestando alimentos àquele a quem o falecido devia. Isso porque o alimentado e herdeiro não pode ficar à mercê do encerramento do inventário, considerada a morosidade inerente a tal procedimento e o caráter de necessidade intrínseco aos alimentos.

Recurso especial provido.

(REsp 1010963/MG, de minha Relatoria, 3ª T., DJe 05.08.2008)

12. Qualquer interpretação diversa, apesar de gerar mais efetividade ao art. 1.700 do CC/2002, vergaria de maneira inaceitável os princípios que regem a obrigação alimentar, dando ensejo à criação de situações teratológicas, como o de viúvas pagando alimentos para ex-companheiros do *de cujus*, ou verdadeiro digladiar entre alimentados que também são herdeiros, todos pedindo, reciprocamente, alimentos.

13. *Assim, admite-se a transmissão, apenas e tão somente quando o alimentado também seja herdeiro, e ainda assim enquanto perdurar o inventário, já que se*

tratando aqui de uma excepcionalidade, porquanto extinta a obrigação alimentar desde o óbito.

14. *A partir de então – no caso de herdeiros – ou a partir do óbito do alimentante – para aqueles que não o sejam – fica extinto o direito de perceber alimentos com base no art. 1.694 do CC/2002, ressalvando-se que os valores não pagos pelo alimentante, podem ser cobrados do espólio.”*

Na hipótese dos autos, o alimentado é herdeiro do falecido, declarado pai na ação de investigação de paternidade. Nesse contexto, caberia ao recorrido pedir alimentos àquele espólio, a teor da jurisprudência assentada no âmbito desta Corte.

Por outro lado, a orientação do Superior Tribunal de Justiça é de que a obrigação alimentar dos avós apresenta natureza complementar. Na vigência do Código Civil de 1916, destaca-se o seguinte acórdão:

AÇÃO DE ALIMENTOS PROPOSTA POR NETO CONTRA OS AVOS PATERNOS – EXCLUSÃO PRETENDIDA PELOS RÉUS SOB A ALEGAÇÃO DE QUE O PROGENITOR JÁ VEM CONTRIBUINDO COM UMA PENSÃO – ART. 397 DO CÓDIGO CIVIL – O FATO DE O GENITOR JÁ VIR PRESTANDO ALIMENTOS AO FILHO NÃO IMPEDE QUE ESTE ÚLTIMO POSSA RECLAMÁ-LOS DOS AVOS PATERNOS, *DESDE QUE DEMONSTRADA A INSUFICIÊNCIA DO QUE RECEBE* – A RESPONSABILIDADE DOS AVOS NÃO É APENAS SUCESSIVA EM RELAÇÃO A RESPONSABILIDADE DOS PROGENITORES, MAS TAMBÉM É COMPLEMENTAR PARA O CASO EM QUE OS PAIS NÃO SE ENCONTREM EM CONDIÇÕES DE ARCAR COM A TOTALIDADE DA PENSÃO, OSTENTANDO OS AVOS, DE SEU TURNO, *POSSIBILIDADES FINANCEIRAS PARA TANTO*.

RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

(REsp 70.740/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, 4ª T., Julgado em 26.05.1997, DJ de 25.08.1997, p. 39.375)

Atualmente, a jurisprudência evoluiu para o entendimento de que a responsabilidade dos avós de prestar alimentos é subsidiária, e não mais sucessiva. No mais, permanece a conclusão que tem natureza complementar e somente exsurge se ficar demonstrada a impossibilidade de os dois genitores proverem os alimentos de seus filhos. Confira-se, a propósito:

RECURSO ESPECIAL – DIREITO DE FAMÍLIA – OBRIGAÇÃO ALIMENTAR AVOENGA – RESPONSABILIDADE COMPLEMENTAR E SUBSIDIÁRIA DOS AVÓS – PRESSUPOSTOS

1. *A obrigação alimentar dos avós apresenta natureza complementar e subsidiária, somente se configurando quando pai e mãe não dispuserem de meios para promover as necessidades básicas dos filhos.*

2. *Necessidade de demonstração da impossibilidade de os dois genitores proverem os alimentos de seus filhos.*

3. Caso dos autos em que não restou demonstrada a incapacidade de a genitora arcar com a subsistência dos filhos.
4. Inteligência do art. 1.696 do Código Civil.
5. Doutrina e jurisprudência do STJ acerca do tema.
6. Recurso especial desprovido.

(REsp 1.415.753/MS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª T., Julgado em 24.11.2015, DJe de 27.11.2015)

DIREITO CIVIL – AÇÃO DE ALIMENTOS – RESPONSABILIDADE DOS AVÓS – OBRIGAÇÃO SUCESSIVA E COMPLEMENTAR

1. *A responsabilidade dos avós de prestar alimentos é subsidiária e complementar à responsabilidade dos pais, só sendo exigível em caso de impossibilidade de cumprimento da prestação – ou de cumprimento insuficiente – pelos genitores.*
2. Recurso especial provido.

(REsp 831.497/MG, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 4ª T., Julgado em 04.02.2010, DJe de 11.02.2010)

Nesse contexto, para intentar a ação contra o avô, deveria o recorrente demonstrar não somente a impossibilidade ou insuficiência de cumprimento da obrigação pela mãe, como também pelo espólio do pai falecido.

Em sede de contestação, afirmava o recorrente:

“22. Primeiramente, é de se elucidar o relevante fato, que a mãe do requerente, apesar de possuir atestado de pobreza, trabalha e tem totais condições tanto financeiras como também de saúde para o sustento e criação do menor.

23. Em segundo lugar, o neto do requerido aguarda a partilha referente ao quinhão do requerente no espólio, como já foi citado pelo próprio requerente na exordial, espólio esse que tem amplas possibilidades de suprir as necessidades do menor.

24. Tal é comprovado pelos documentos anexos.

25. Ademais, é de se considerar o fato de que o Autor, em princípio, é beneficiário de pensão que pode ser obtida junto ao INSS, ante o falecimento de seu suposto pai.” (e-STJ – fl. 33)

Essas alegações, porém, não foram levadas em conta, sendo desconsiderado o caráter complementar da obrigação dos avós. Com efeito, nem sequer foi abordada a capacidade de a mãe prestar alimentos, assim como o fato de que o alimentando teria, possivelmente, direito ao recebimento de pensão pela morte do pai, ou poderia ter os alimentos supridos pelo espólio, como se observa no seguinte trecho da sentença:

“As provas dão conta de que o autor é neto do réu e que o pai prestava alimentos ao autor no valor mensal de dois salários mínimos, até seu falecimento, em 02 de março de 2001.

Na falta do parente mais próximo, recai sobre o réu a obrigação de colaborar para o sustento do neto, até que a situação de incapacidade de sustento próprio se altere.

A jurisprudência não deixa dúvidas:

[...]

A necessidade do autor à percepção de alimentos resta provada pela comprovação da morte do genitor que fora condenado ao pagamento de alimentos.”

Do acórdão também se extrai o seguinte trecho, em que nem sequer se cogita da possibilidade de a mãe suportar os alimentos, ou parte deles, tampouco eventual recebimento de pensão previdenciária. Além disso, afasta-se a possibilidade de o espólio do pai do recorrido ser chamado como litisconsorte sob a alegação de que os bens daquele espólio se resumem a cotas sociais, sem se verificar se geram rendimentos ou se os bens se resumem a tanto:

“De outra banda, quanto à ilegitimidade passiva, observa-se que, ao contrário do que foi alegado pelo recorrente, o avô é parte legítima para figurar no polo passivo da ação de alimentos quando o pai está impossibilitado de prestá-los.

Nos termos do art. 1.696 do Código Civil: “O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação no mais próximos em grau, uns em falta de outros.”

Assim obviamente, na falta do pai, em decorrência de sua morte, pode ser demandado o avô para que cumpra a obrigação.

Por esses mesmos motivos se afasta a alegada necessidade de se formação de litisconsórcio passivo necessário com o espólio do pai do autor, uma vez que, como bem afirmou o ilustre representante do Ministério Público:

[...] o entendimento assinalado na sentença deve prevalecer, posto que, como bem asseverou a togada singular, o pedido de alimentos ‘visa garantir a subsistência do autor enquanto não atribuído seu quinhão hereditário, sendo que os bens do espólio se resumem às cotas sociais da empresa A Lemos Construções Ltda., que continua a ser administrada pelo réu’.

Portanto, somente quando da partilha dos bens entre os herdeiros do falecido pai do recorrido, é que poderá se avaliar se o alimentado reúne as condições necessárias à satisfação da sua manutenção.

No que se refere ao mérito recursal, melhor sorte não assiste ao recorrente. Em que pese tenha o apelado atingido a maioria no decorrer do processo, verifica-se existir prova de que ele frequenta curso superior, e, nesse caso, é pacífico o entendimento de que o dever de prestar alimentos persiste até que o alimentado complete 24 anos de idade.” (e-STJ – fls. 215/216)

Nesse contexto, o entendimento acolhido pelas instâncias ordinárias, de que o dever de prestar alimentos pelo avô decorre automaticamente da morte do pai, está em dissonância com a jurisprudência desta Corte, firmada, como visto, no sentido de que a obrigação de prestar alimentos pelos avós é complementar e subsidiária.

Com essas considerações, com a devida vênua do ilustrado Relator, dele dirijo para dar provimento ao recurso especial, para afastar a condenação do espólio recorrente no pagamento de alimentos, na medida em que não analisadas as premissas necessárias para fundamentar tal obrigação.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUARTA TURMA

Número Registro: 2011/0093209-0

Processo Eletrônico REsp 1.249.133/SC

Números Origem: 20040016891 20040016891000100 75010018683
75910000098

Pauta: 24.05.2016 Julgado: 02.06.2016

Segredo de Justiça

Relator: Exmo. Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira

Presidente da Sessão: Exma. Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti

Subprocurador-Geral da República: Exmo. Sr. Dr. Marcelo Antonio
Moscogliato

Secretária: Dra. Teresa Helena da Rocha Basevi

AUTUAÇÃO

Recorrente: A. da R. .L – Espólio

Repr. por: F. da S. L. – Inventariante

Advogados: Megalvio Mussi Junior e outro(s)
Ingrid Orlandi Brilinger e outro(s)

Recorrido: M. G. L. (Menor)

Repr. por: F. G.

Advogado: Eduardo Luiz Zanini Fernandes e outro(s)

Assunto: Direito civil – Família – Alimentos

CERTIDÃO

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

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Raul Araujo dando provimento ao recurso especial, divergindo do relator, *pediu vista* dos autos o Sr. Ministro Marco Buzzi.

Aguardam os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão e Maria Isabel Gallotti (Presidente).

VOTO

Ministra Maria Isabel Gallotti: Senhores Ministros, verifico que aqui a única causa de pedir alimentos é ser neto e o fato de que o falecido filho prestava alimentos.

Entendo, assim como os Ministros Raul Araújo e Marco Buzzi, que a obrigação de prestar alimentos é subsidiária. Não considero, todavia, que esses alimentos possam ser reclamados do espólio. Penso que o que pode ser reclamado do espólio são apenas as obrigações vencidas antes do óbito. A partir do óbito, sendo o autor herdeiro, o que ele pode vir a pedir é uma antecipação da liberação de alguma verba para prover sua própria subsistência, o que haverá, inclusive, de ser compensado quando da divisão dos quinhões entre os herdeiros. No caso, não se sabe quantos são os herdeiros e nem qual o valor do espólio. Penso, todavia, que essa causa de pedir deduzida na inicial, por si só, não é suficiente para condenar o avô a pagar alimentos simplesmente porque o falecido filho o fazia. A obrigação de prestar alimentos vai decorrer da alegação e comprovação de que não tenha ele patrimônio suficiente à sua subsistência, considerada sempre a possibilidade de requerer ao juízo do inventário a liberação de algum valor. Além disso, não tendo ele possibilidade de arcar com o próprio sustento, a prestação alimentar deve ser inicialmente demandada contra parentes mais próximos, no caso, seria a mãe.

Embora tais circunstâncias não tenham sido alegadas no recurso especial, essa possibilidade de que venha ele a requerer uma antecipação ao juízo do inventário ou reclamar alimentos de sua outra ancestral direta mais próxima, entendo que, ultrapassada a fase de conhecimento do recurso especial, devem ser levadas em conta no julgamento da causa (Regimento Interno, art. 257).

Com efeito, é inerente à obrigação do avô de prestar alimentos a demonstração de que não podem ser reclamados de parentes mais próximos.

Portanto, acompanho a conclusão do voto do Ministro Raul Araújo, fazendo, todavia, a ressalva de que, em tese, é possível o ajuizamento de uma ação de alimentos, em que seja alegado e provado que o neto não pode prover

a própria subsistência e de que não há parentes diretos mais próximos de quem reclamar os alimentos.

Acompanho, portanto, com a devida vênia do Relator, a divergência, para dar provimento ao recurso especial.

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Ministro Marco Buzzi: Cuida-se de recurso especial interposto por espólio de A. da R. L., com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas a e c, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, em sede de apelação cível, assim ementado:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE ALIMENTOS – *ACTIO* INTENTADA PELO NETO CONTRA O AVÔ – PAI FALECIDO – LEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* – DEVER DE ALIMENTAR EXTENSIVO AO ASCENDENTE MAIS PRÓXIMO – MAIORIDADE DO ALIMENTADO – FREQUÊNCIA A CURSO SUPERIOR COMPROVADA – OBRIGAÇÃO ALIMENTÍCIA ATÉ OS 24 ANOS – PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO – MANUTENÇÃO DA SENTENÇA – DESPROVIMENTO DO RECLAMO.

Inexiste nulidade da sentença por ter sido proferida na pendência de ação incidental, mormente quando o recurso da respectiva decisão não foi conhecido pelo órgão *ad quem* por ausência de interesse de agir. Nos termos do art. 1.696 do Código Civil: “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”.

É pacífico o entendimento de que o dever de prestar alimentos persiste até que o alimentado complete 24 anos de idade, quando comprovadamente frequenta curso superior. (fl. 212, e-STJ)

Nas razões do apelo extremo, aponta o insurgente, além de dissídio pretoriano, a existência de violação aos arts. 265, inciso IV, e 266 do Código de Processo Civil de 1973, e 1.696 e 1.700 do Código Civil de 2002, na medida em que não poderia ter sido prolatada sentença nos autos da ação de alimentos, enquanto pendente de julgamento a demanda declaratória incidental. Outrossim, aduz a ilegitimidade para figurar no polo passivo da demanda, bem como a inexistência da obrigação alimentar. Para tanto, alega que, “ao entender que a obrigação alimentar do pai, pelas simples razões do seu falecimento, transmite-se ao avô, o v. acórdão nega vigência tanto ao art. 1.696 do Código Civil, segundo o qual a sucessão na obrigação alimentar tem por causa a impossibilidade do alimentante original como ao art. 1.700 do Código Civil [...]” (e-STJ – fl. 244)

O e. Relator proferiu voto no sentido de negar provimento ao reclamo, com os seguintes fundamentos:

- i) infrutífera a tese acerca da necessidade de suspensão do feito até o julgamento definitivo da ação declaratória incidental, pois, em um primeiro momento, o magistrado singular efetivamente decretou a suspensão do processo, determinando o prosseguimento da ação de alimentos apenas após a extinção, sem apreciação de mérito, da ação declaratória, o que afastaria a circunstância prevista na norma legal apontada como malferida; acrescentou, além disso, a limitação temporal de um ano em relação ao sobrestamento;
- ii) no que se refere às aventadas violações dos arts. 1.696 e 1.700 do Código Civil de 2002, melhor sorte não ampara a pretensão recursal, pois, segundo o entendimento assentado pela Segunda Seção do STJ no julgamento do REsp 1.354.693/SP, a obrigação de prestar alimentos tem natureza personalíssima e ‘extingue-se com o óbito do alimentante, cabendo ao espólio recolher, tão somente, eventuais débitos não quitados pelo devedor quando em vida’.
- iii) a legitimidade do recorrente resta evidenciada em virtude de relação autônoma, em face de direito próprio e pedido diretamente formulado contra si, cuja necessidade e possibilidade foram assentados pelas instâncias ordinárias.

Após pedido de vista, o Ministro Raul Araújo, uma vez afastada a tese de nulidade da sentença pela inobservância das disposições dos arts. 265, § 5º, e 266 do Código de Processo Civil de 1973, *inaugurou divergência*, para dar provimento ao recurso especial no sentido de afastar a condenação do espólio recorrente no pagamento de alimentos. Para tanto, teceu as considerações assim sintetizadas:

- a) na hipótese dos autos, o alimentado é herdeiro do falecido, declarado pai na ação de investigação de paternidade, de modo que deveria pedir alimentos àquele espólio e não diretamente ao avô, haja vista que a obrigação alimentar dos avós apresenta natureza subsidiária e complementar;
- b) de fato, para intentar a ação contra o avô, deveria o recorrente demonstrar não somente a impossibilidade ou insuficiência de cumprimento de obrigação pela mãe, como também pelo espólio do pai falecido; contudo, *in casu*, tais alegações não foram levadas em conta, sendo desconsiderado o caráter complementar da obrigações dos avós;
- c) nesse contexto, o entendimento acolhido pelas instâncias ordinárias, no sentido de que o dever de prestar alimentos pelo avô decorre automaticamente da morte do pai, está em dissonância com a jurisprudência desta Corte; Para melhor exame da matéria, pedi vista dos autos.

VOTO

Rejeitadas as questões preliminares – nulidade da sentença e legitimidade passiva do ora recorrente para figurar no polo passivo da demanda –, acompanho a divergência, a fim de dar provimento ao recurso especial e afastar a obrigação alimentar no caso dos autos.

1. De início, afasta-se a alegada nulidade da sentença em virtude da inobservância das regras insertas nos arts. 265, § 5º, e 266 do Código de Processo Civil de 1973, isso porque: i) na hipótese em tela, houve a efetiva suspensão da ação de alimentos, retomando seu curso somente após a prolação de sentença na declaratória incidental, extinta por ausência de interesse de agir; ii) o referido sobrestamento não poderia ultrapassar um ano, nos termos do parágrafo único do art. 265, CPC/1973, de modo que estaria obstada a manutenção da suspensão após a extinção da demanda incidental, ajuizada há mais de uma década.

2. Não há falar, outrossim, em ausência de pressuposto processual na hipótese em tela, isto é, de legitimidade passiva, pois essa decorre da própria relação jurídica existente entre as partes – parentesco –, conforme se extrai do art. 367 do Código Civil de 1916 (correspondente ao atual 1.696 – CC/2002), *in verbis*: “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.”

Ademais, nos termos do voto vista proferido nessa mesma assentada, em relação ao Recurso Especial nº 1.331.815/SC (atinentes à ação declaratória incidental), afirmou-se incabível a ação declaratória incidental proposta pelo avô, a fim de desconstituir paternidade reconhecida por meio de ação de investigação de paternidade ajuizada em face de seu filho, e julgada procedente.

Com efeito, não há falar em ilegitimidade *ad causa* do ora recorrente para figurar no polo passivo da ação de alimentos.

3. Não obstante, no que concerne ao mérito propriamente dito – existência ou não da obrigação alimentar –, razão assiste ao recorrente.

Saliente-se, neste particular, que o dever de prestar alimentos imputável aos avós é *subsidiário e complementar* ao dos genitores, exurgindo apenas diante da falta ou a incapacidade destes (pais) em prover o essencial à sobrevivência digna de seus descendentes.

Nesse sentido, a firme jurisprudência desta Corte:

REGIMENTAL – PENSÃO ALIMENTÍCIA – AVÔ PATERNO – COMPLEMENTAÇÃO – POSSIBILIDADE – JULGAMENTO *EXTRA PETITA* – INOCORRÊNCIA – Os avós podem ser chamados a complementar os alimentos dos netos, na ausência ou impossibilidade de o pai fazê-lo. A obrigação não é solidária. Não há julgamento *extra petita* se a lide é decidida dentro dos limites em que foi

proposta. (AgRg-REsp 514356/SP, 3ª T., Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 18.12.2006, p. 362)

CIVIL – FAMÍLIA – ALIMENTOS – RESPONSABILIDADE COMPLEMENTAR DOS AVÓS

Não é só e só porque o pai deixa de adimplir a obrigação alimentar devida aos seus filhos que sobre os avós (pais do alimentante originário) deve recair a responsabilidade pelo seu cumprimento integral, na mesma quantificação da pensão devida pelo pai. Os avós podem ser instados a pagar alimentos aos netos por obrigação própria, complementar e/ou sucessiva, mas não solidária. Na hipótese de alimentos complementares, tal como no caso, a obrigação de prestá-los se dilui entre todos os avós, paternos e maternos, associada à responsabilidade primária dos pais de alimentarem os seus filhos. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, para reduzir a pensão em 50% do que foi arbitrado pela Corte de origem. (REsp 366837/RJ, 4ª T., Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Rel. p/ o Ac. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 22.09.2003, p. 331)

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

1. *Apenas na impossibilidade de os genitores prestarem alimentos, serão os parentes mais remotos demandados, estendendo-se a obrigação alimentar, na hipótese, para os ascendentes mais próximos.*

2. O desemprego do alimentante primário – genitor – ou sua falta confirmam o desamparo do alimentado e a necessidade de socorro ao ascendente de grau imediato, fatos que autorizam o ajuizamento da ação de alimentos diretamente contra este.

3. O mero inadimplemento da obrigação alimentar, por parte do genitor, sem que se demonstre sua impossibilidade de prestar os alimentos, não faculta ao alimentado pleitear alimentos diretamente aos avós.

4. Na hipótese, exige-se o prévio esgotamento dos meios processuais disponíveis para obrigar o alimentante primário a cumprir sua obrigação, inclusive com o uso da coação extrema preconizada no art. 733 do CPC.

5. Fixado pelo Tribunal de origem que a avó demonstrou, em contestação, a impossibilidade de prestar os alimentos subsidiariamente, inviável o recurso especial, no particular, pelo óbice da Súmula nº 7/STJ.

6. Recurso não provido.

(REsp 1211314/SP, Relª Min. Nancy Andrighi, 3ª T., Julgado em 15.09.2011, DJe 22.09.2011; grifou-se)

RECURSO ESPECIAL – DIREITO DE FAMÍLIA – OBRIGAÇÃO ALIMENTAR AVOENGA – RESPONSABILIDADE COMPLEMENTAR E SUBSIDIÁRIA DOS AVÓS – PRESSUPOSTOS

1. A obrigação alimentar dos avós apresenta natureza complementar e subsidiária, somente se configurando quando pai e mãe não dispuserem de meios para promover as necessidades básicas dos filhos.

2. Necessidade de demonstração da impossibilidade de os dois genitores proverem os alimentos de seus filhos.

3. Caso dos autos em que não restou demonstrada a incapacidade de a genitora arcar com a subsistência dos filhos.

4. Inteligência do art. 1.696 do Código Civil.

5. Doutrina e jurisprudência do STJ acerca do tema.

6. Recurso especial desprovido.

(REsp 1415753/MS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª T., Julgado em 24.11.2015, DJe 27.11.2015; grifou-se)

Partindo-se de tal premissa, na hipótese em tela, a obrigação alimentar do avô apenas se configuraria se demonstrada a insuficiência do espólio do genitor em arcar com os alimentos já fixados em favor do filho, quando do ajuizamento da ação de investigação de paternidade.

Por oportuno, convém assinar, assim como feito no bojo do voto divergente, que, quando do julgamento do Recurso Especial nº 1.354.693/SP, pela Segunda Seção desta Corte, embora se tenha firmado o entendimento no sentido de que a obrigação de prestar alimentos tem natureza personalíssima e *'extingue-se com o óbito do alimentante, cabendo ao espólio recolher, tão somente, eventuais débitos não quitados pelo devedor quando em vida'*, ressaltou-se a possibilidade de transmissão da obrigação ao espólio, em se tratando de alimentado também herdeiro, enquanto perdurar o inventário.

A propósito, destaca-se o seguinte trecho do voto proferido pela Ministra Nancy Andrighi, que se sagrou vencedor:

13. Assim, admite-se a transmissão, apenas e tão somente quando o alimentado também seja herdeiro, e ainda assim enquanto perdurar o inventário, já que se tratando aqui de uma excepcionalidade, porquanto extinta a obrigação alimentar desde o óbito;

14. A partir de então – no caso dos herdeiros – ou a partir do óbito do alimentante – para aqueles que não o sejam – fica extinto o direito de perceber alimentos com base no art. 1.694 do CC/2002 [...]

Portanto, acertada a conclusão delineada pela divergência, ou seja, de que, “na hipótese dos autos, o alimentado é herdeiro, do falecido, declarado pai na ação de investigação de paternidade. Nesse contexto, caberia ao recorrido pedir àquele espólio, a teor da jurisprudência desta Corte”.

Desse modo, deve ser afastada a imputação direta ao avô da obrigação alimentar em virtude do falecimento do genitor (alimentante). Veja-se, a propósito, que, a partir da sentença e acórdão recorrido, depreende-se que o dever de

prestar alimentos foi reconhecido levando-se em consideração apenas a “comprovação da morte do genitor que fora condenado ao pagamento de alimentos” (sentença, fl. 121, e-STJ).

Importante salientar, nesse contexto, os seguintes trechos da petição inicial, nos quais apresentada a causa de pedir:

O Requerente é neto do Requerido (certidão de nascimento e anexo), e através da Ação de Investigação de Paternidade, foi reconhecido, por sentença transitada em julgado, como filho legítimo de A. da S. L., filho do Requerido, que faleceu no dia 2 de março de 2001, conforme certidão de óbito em anexo [...]

Na referida Ação, o filho do Requerente foi condenado a pagar ao Requerente, mensalmente, a importância de dois salários mínimos mensais.

Em face do falecimento do filho do requerido, o requerente é herdeiro natural do espólio de A. da. S. L., que era sócio proprietário da empresa A. Lemos Construções Ltda.

Ocorre, que até que saia a partilha referente ao quinhão do requerente no espólio de A. da. S. L., o mesmo ficará em situação de penúria, eis que, apesar de sua mãe trabalhar para dar o sustento, não é suficiente para suprir as necessidades básicas, mesmo porque, o filho do requerido, vinha pagamento alimentos ao requerente, na base de 2 (dois) salários mínimos. (fl. 3, e-STJ)

A partir da leitura da causa de pedir acima exposta, observa-se que o autor da demanda sequer sustentou a impossibilidade de o espólio arcar com os alimentos anteriormente fixados, requerendo, ao que se depreende, a substituição, de plano, do devedor de alimentos, isto é, do pai pelo o avô.

Com efeito, verifica-se que o entendimento adotado pelas instâncias ordinárias destoa da jurisprudência desta Corte no ponto, razão pela qual merece prosperar a pretensão recursal veiculada no apelo extremo.

4. *Do exposto*, com devida a vênia ao e. Relator, acompanho a divergência, a fim de, superadas as questões preliminares, dar provimento ao recurso especial interposto pelo espólio de A. da R. L., para afastar a condenação ao pagamento de alimentos, ressalvada a irrepetibilidade dos valores já recebidos pelo alimentado.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUARTA TURMA

Número Registro: 2011/0093209-0

Processo Eletrônico REsp 1.249.133/SC

Números Origem: 20040016891 20040016891000100 75010018683
75910000098

Pauta: 16.06.2016 Julgado: 16.06.2016
Segredo de Justiça
Relator: Exmo. Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira
Relator para Acórdão: Exmo. Sr. Ministro Raul Araújo
Presidente da Sessão: Exma. Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti
Subprocurador-Geral da República: Exmo. Sr. Dr. Antônio Carlos Pessoa Lins
Secretária: Dra. Teresa Helena da Rocha Basevi

AUTUAÇÃO

Recorrente: A. da R. L. – Espólio
Repr. por: F. da S. L. – Inventariante
Advogados: Megalvio Mussi Junior e outro(s)
 Ingrid Orlandi Brilinger e outro(s)
Recorrido: M. G. L. (Menor)
Repr. por: F. G.
Advogado: Eduardo Luiz Zanini Fernandes e outro(s)
Assunto: Direito Civil – Família – Alimentos

CERTIDÃO

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

Proseguindo no julgamento, após o voto-vista do Ministro Marco Buzzi dando provimento ao recurso especial, acompanhando a divergência, e o voto da Ministra Maria Isabel Gallotti no mesmo sentido, a Quarta Turma, por maioria, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto divergente do Ministro Raul Araújo, que lavrará o acórdão.

Vencido o relator, que negava provimento ao recurso especial.

Votaram com o Sr. Ministro Raul Araújo os Srs. Ministros Marco Buzzi e Maria Isabel Gallotti (Presidente).

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão.

7754

Tribunal de Justiça do Estado do Ceará

Poder Judiciário

Gabinete do Desembargador Paulo Francisco Banhos Ponte

Processo: 0002701-45.2007.8.06.0001/50000 – Agravo Regimental

Agravante: Estado do Ceará

Agravado: J. F. T.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO DE APELAÇÃO – DIREITO ADMINISTRATIVO – AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO E DESPROVIDO – PENSÃO POR MORTE DE SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL – BENEFICIÁRIO CÔNJUGE VARÃO – PRESCRIÇÃO AFASTADA – POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DO BENEFÍCIO AO CÔNJUGE VARÃO – AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO E DESPROVIDO

1. Cuida-se de Agravo Regimental apresentado pelo ente público estadual em face de decisão monocrática proferida com fundamento no art. 557 do CPC e que julgou improcedente o apelo proposto pelo ora agravante. Aduz o recorrente, preliminarmente, a prescrição do direito do agravado, tendo em vista ter decorrido mais de cinco anos entre o falecimento da sua esposa, servidora pública estadual, e o pleito administrativo do benefício de pensão por morte. No mérito, aduz a impossibilidade de concessão do benefício de pensão por morte ao recorrido, por ausência de previsão legal.

2. Quanto à preliminar, não há que se falar em prescrição do direito do autor em razão do decurso de mais de cinco anos entre a data do falecimento da servidora-instituidora e o pleito administrativo do benefício, tendo em vista tratar-se de benefício previdenciário cujo pleito pode ocasionar-se em qualquer momento após o falecimento da servidora-instituidora (Súmula nº 85 do STJ). Precedentes. Preliminar rejeitada.

3. Nítido o descompasso entre o art. 7º, I da Lei nº 10.776/1982 e o preceito constitucional contido no art. 5º, I, uma vez que o requisito da invalidez constitui verdadeira afronta ao princípio da isonomia consagrado ao longo da Constituição, o que autoriza o entendimento acerca da não recepção do supracitado dispositivo. Ademais, o art. 4º da Lei nº 14.687/2010, dispõe expressamente ser a respeito da dependência

do cônjuge para fins previdenciários e assistenciais, sem fazer qualquer distinção de gênero. Precedentes.

4. Agravo Regimental conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da Primeira Câmara Cível, unanimemente, em conhecer o Recurso de Agravo Regimental, para negar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 7 de março de 2016.

Presidente

Relator

Procurador(a)

RELATÓRIO

DA AÇÃO

Na origem, cuida-se de Ação Ordinária proposta por J. F. T. em face do Estado do Ceará, pleiteando a concessão de pensão por morte em decorrência do falecimento da sua esposa, servidora estadual, pertencente ao Grupo Ocupacional do Magistério do Estado do Ceará, em junho de 1999. Afirma que, a despeito de ser reconhecida a sua condição de cônjuge da servidora falecida, o Estado do Ceará negou a concessão do referido benefício.

Fundamenta seu pedido nos arts. 331 da Constituição Estadual, no art. 9º da Lei Complementar Estadual nº 12/1999 e no art. 221 da CF/1988.

DA SENTENÇA

Às fls. 60/66, o magistrado *a quo* proferiu sentença de mérito, entendendo pela procedência do feito e determinando “que o Estado do Ceará declare o Sr. J. F. T., como dependente-pensionista da sua esposa já falecida a segurada A. W. G. T. conseqüentemente a concessão definitiva da pensão *causa mortis* ao promovente e que sejam pagas as devidas pensões não pagas a partir dos últimos cinco anos anteriores à propositura da presente demanda (Súmula nº 85/STJ), corrigidas monetariamente”. Ainda, condenou o Estado do Ceará a pagar, a título de honorários sucumbenciais, a importância de R\$ 500,00 (quinhentos reais).

DOS RAZÕES RECURSAIS

Irresignado, o Estado do Ceará ingressou com Recurso de Apelação, fls. 69/76, argumentando, em suma, a prescrição do direito do autor, e no mérito a impossibilidade de concessão do benefício previdenciário de pensão por morte, em razão do que determinava a legislação vigente à época do falecimento da servidora-instituidora.

Também irresignado, o promovente ingressou com Recurso Adesivo, fls. 80/82, com vista, em síntese, a aumentar o montante da condenação do ente público estadual nos honorários de sucumbência.

DO JULGAMENTO NO SEGUNDO GRAU

Apreciando o feito, às fls. 111/121, este Relator monocraticamente, com fundamento no art. 557 do CPC, indeferiu o Recurso de Apelação interposto pelo ente público estadual, o Reexame Necessário e o Recurso Adesivo apresentado pelo promovente, ora agravado.

DO AGRAVO REGIMENTAL

Inconformado, o Estado do Ceará interpôs o presente Agravo Regimental arguindo, em resumo, a prescrição do fundo de direito pleiteado pelo promovente e, no mérito, a impossibilidade de extensão do benefício de pensão por morte ao promovente, sob pena de afronta ao princípio da legalidade.

É breve o relatório. Decido.

VOTO

Feito em ordem, não se constatando quaisquer vícios capazes de inquiná-lo nulidade, estando corretamente preenchidos os pressupostos processuais, as condições da ação, bem como os requisitos de admissibilidade do recurso interposto.

O cerne da questão controvertida consiste em analisar a preliminar de prescrição do direito pleiteado pelo agravado, bem como se presentes os requisitos necessários à concessão do benefício de pensão por morte em seu favor.

Quanto à preliminar de prescrição, em seu recurso apelatório, alega o Estado que a presente demanda não gira em torno de direito que já foi reconhecido, mas de uma nova situação, razão pela qual a prescrição não deveria apenas atingir as parcelas sucessivas que adviriam da implantação da pensão, mas também o próprio fundo de direito.

Contudo, não há que se falar em prescrição do fundo do direito, considerando que a negativa do pleito administrativo inicia o prazo de prescrição aqui falado.

A esse respeito, resta assente no STJ que tendo sido negado formalmente pela administração o direito pleiteado, o termo inicial do prazo prescricional é a data do conhecimento pelo administrado do indeferimento do pedido. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – ADMINISTRATIVO – SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL – PENSÃO POR MORTE – COMPANHEIRA – PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO – TERMO INICIAL – INDEFERIMENTO DO PEDIDO ADMINISTRATIVO – PRECEDENTES – 1. O acórdão recorrido está em consonância com o entendimento desta Corte firmando no sentido de que, tendo sido negado formalmente pela administração o direito pleiteado, o termo inicial do prazo prescricional é a data do conhecimento pelo administrado do indeferimento do pedido. 2. Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg-AREsp 377.194/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª T., DJe 21.10.2013)

ADMINISTRATIVO – PENSÃO POR MORTE – CANCELAMENTO DO BENEFÍCIO – RESTABELECIMENTO – PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO – VIOLAÇÃO DE DECRETO ESTADUAL – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA Nº 280/STF – 1. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental em obediência aos Princípios da Economia Processual e da Fungibilidade. 2. Ocorre a prescrição do fundo de direito quando decorridos mais de cinco anos entre o ajuizamento da ação e o ato administrativo que nega o próprio direito reclamado. 3. Hipótese em que decorridos mais de cinco anos do ato que determinou o cancelamento da pensão (1987) e o ajuizamento da ação (2005), incidindo, portanto, a prescrição do próprio fundo de direito, nos termos do art. 1º do Decreto nº 20.910/1932. 4. Inviável a análise de suposta violação de legislação estadual, porquanto defeso ao STJ a apreciação de direito local. Aplica-se, por analogia, a Súmula nº 280/STF: “Por ofensa a direito local não cabe Recurso Extraordinário”. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, mas improvido. (STJ, EDcl-AREsp 188.582/RN, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª T., Julgado em 28.08.2012, DJe 03.09.2012)

Assim, não há que se falar em prescrição do direito do autor em razão do decurso de mais de cinco anos entre a data do falecimento da servidora-instituidora e o pleito administrativo do benefício, tendo em vista tratar-se de benefício previdenciário cujo pleito pode ocasionar-se em qualquer momento após o falecimento da servidora-instituidora.

Cumpra observar a Súmula nº 85 do Superior Tribunal de Justiça:

Súmula nº 85, STJ: Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação.

Desse modo, forçoso que se mantenha a decisão monocrática, reconhecendo-se, de acordo com a Súmula nº 85, do Superior Tribunal de Justiça, a prescrição relativa apenas às parcelas vencidas antes do quinquênio à propositura da ação.

Colaciono recente precedente do Eg. STJ que bem representa o entendimento aqui esposado:

CIVIL E ADMINISTRATIVO – AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – PENSÃO POR MORTE ESTATUTÁRIA – ART. 219 DA LEI Nº 8.112/1990 – PRESCRIÇÃO – TERMO INICIAL – *ACTIO NATA* – RENOVAÇÃO DO PEDIDO ANTERIORMENTE NEGADO, PELA ADMINISTRAÇÃO – IRRELEVÂNCIA – AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO – I – Nos termos da Súmula nº 85/STJ, “nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação”. II – Na forma da jurisprudência, “a eventual demora na solicitação do pagamento de pensão por morte estatutária acarreta, em princípio, apenas a perda, por força da prescrição, das parcelas cujo vencimento tenha ocorrido mais de cinco anos antes da apresentação do pedido de pensionamento, decorrendo tal compreensão do fato de que, ordinariamente, benefícios dessa natureza podem ser requeridos a qualquer tempo, conforme prevê, por exemplo, o art. 219, caput, da Lei nº 8.112/1990, que dispõe sobre o regime jurídico aplicável aos servidores públicos federais. Indeferido, na via administrativa, o pedido de pensão estatutária, o interessado deve submeter a sua postulação ao Poder Judiciário no prazo de cinco anos, contados da data do indeferimento administrativo, sob pena de ver fulminada, pela prescrição, a pretensão referente ao próprio fundo de direito” (STJ, AgRg-REsp 1.164.224/PR, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5ª T., DJe de 08.06.2012). III – “O indeferimento do pedido administrativo formulado para a obtenção de direito abstratamente previsto em lei constitui o termo a quo para a contagem do prazo prescricional a que se refere o art. 1º do Decreto nº 20.910/1932 (AgRg-REsp 971.931/PI, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., DJe 10.11.2008)” (STJ, AgRg-Ag 1.389.093/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 1ª T., DJe de 29.04.2011). IV – A mera reiteração de pedido administrativo anteriormente indeferido, pela Administração, não tem o condão de novamente suspender o prazo prescricional já iniciado. Nesse sentido, *mutatis mutandis*: STJ, AgRg-Ag 1.301.925/SE, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª T., DJe de 14.09.2010. V – Caso concreto em que a agravante formulou pedido administrativo, objetivando o recebimento da pensão estatutária, sendo o pedido indeferido, em 19.10.1998, com ciência da interessada, em 01.02.2001. A agravante reiterou o pedido anterior, o qual também foi indeferido, pela Administração, em 13.05.2005, ajuizando ela a presente ação, em 10.03.2006, quando já condenada a prescrição do direito de ação. Considerando-se que o segundo pedido administrativo, formulado pela agravante foi mera reprodução do pedido anterior, não tem ele o condão de novamente suspender o prazo prescricional, de sorte que, ajuizada a ação em 10.03.2006, mais de 5 (cinco) anos após a agravante ter tomado ciência, em 01.02.2001, do indeferimento do primeiro pedido adminis-

trativo, é de rigor o reconhecimento da prescrição do direito de ação. VI – Agravo Regimental improvido. (STJ, AgRg-REsp 1359037/PB, Rel^a Min. Assusete Magalhães, 2^a T., Julgado em 07.04.2015, DJe 16.04.2015)

No mesmo sentido: STJ, AgRg-REsp 1152507/RS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6^a T., Julgado em 17.03.2015, DJe 26.03.2015; STJ, AgRg-AREsp 174.245/PE, Rel. Min. Benedito Gonçalves, 1^a T., Julgado em 23.09.2014, DJe 30.09.2014; STJ, AgRg-REsp 1187623/RN, Rel. Min. Sérgio Kukina, 1^a T., Julgado em 17.12.2013, DJe 04.02.2014.

Diante do exposto, não há que se falar em prescrição de fundo de direito, merecendo ser afastada a preliminar ventilada.

Ultrapassada a preliminar, cumpre adentrar no mérito do recurso apelatório, concernente ao direito de o cônjuge varão ser beneficiário de pensão por morte em razão da morte de servidora pública estadual.

É oportuno esclarecer que o art. 5^o, I, CF reforçou expressamente a igualdade em direitos e obrigações entre homens e mulheres. No entanto, como os direitos fundamentais de 2^a geração tencionam reduzir as desigualdades sociais, o próprio discurso constitucional admitiu que, através dele, poderiam ser feitas algumas discriminações, como, por exemplo, o lapso temporal maior para a licença gestante (art. 7^o, XVIII, CF), se comparada com a paternidade (art. 10, § 1^o, ADCT), como forma de alcançar a igualdade material.

A Constituição Estadual, em seu art. 275, ao reconhecer essa situação de desigualdade existente entre homens e mulheres proclama, em completa consonância com o texto constitucional de 1988, que o Estado tomará as medidas que visem a assegurar o pleno desenvolvimento e progresso da mulher, com o objetivo de garantir-lhe o exercício e o gozo dos direitos humanos e liberdades fundamentais, em igualdade com o homem. Nesse sentido, esclarece José Afonso da Silva (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 217) que:

[...] importante mesmo é notar que é uma regra [art. 5^o, I, CF] que resume décadas de lutas das mulheres contra discriminações. Mais relevante aí é que não se trata aí de mera isonomia formal. Não é igualdade perante a lei, mas igualdade em direitos e obrigações. Significa que existem dois termos concretos de comparação: homens de um lado e mulheres de outro. Onde houver um homem e uma mulher, qualquer tratamento desigual entre eles, a propósito de situações pertinentes a ambos os sexos, constituirá uma infringência constitucional.

In casu, é nítido o descompasso entre o art. 7^o, I da Lei nº 10.776/1982 e o preceito constitucional acima citado, uma vez que o requisito da invalidez constitui verdadeira afronta ao princípio da isonomia consagrado ao longo da Constituição, o que autoriza o entendimento acerca da não recepção do supracitado dispositivo. Aliado a isso, o art. 201, V, CF, quando tratou da previdência social, um direito fundamental social (art. 6^o, CF), estabeleceu que a pensão por

morte seria devida ao segurado, seja homem ou mulher. Não há, igualmente, proporcionalidade no *discrimen* efetuado.

Nesse sentido, há decisão do STF que, em caso análogo, considerou que o requisito da invalidez afrontava o princípio da isonomia:

Pensão por morte de servidora pública estadual, ocorrida antes da EC 20/1998: cônjuge varão: exigência de requisito de invalidez que afronta o princípio da isonomia. [...] No texto anterior à EC 20/1998, a Constituição se preocupou apenas em definir a correspondência entre o valor da pensão e a totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido, sem qualquer referência a outras questões, como, por exemplo os possíveis beneficiários da pensão por morte (Precedente: MS 21.540, Gallotti, RTJ 159/787). No entanto, a lei estadual mineira, violando o princípio da igualdade do art. 5º, I, da Constituição, exige do marido, para que perceba a pensão por morte da mulher, um requisito – o da invalidez – que, não se presume em relação à viúva, e que não foi objeto do acórdão do RE 204.193, 30.05.2001, Carlos Velloso, DJ 31.10.2002. Nesse precedente, ficou evidenciado que o dado sociológico que se presume em favor da mulher é o da dependência econômica e não, a de invalidez, razão pela qual também não pode ela ser exigida do marido. Se a condição de invalidez revela, de modo inequívoco, a dependência econômica, a recíproca não é verdadeira; a condição de dependência econômica não implica declaração de invalidez. (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 29.06.2007, Plenário, DJ de 06.09.2007) (RE 385.397-AgR)

Portanto, sob o manto do cumprimento da lei (art. 37, *caput*, CF), o Estado não poderá, de maneira alguma, ignorar as normas jurídicas com a estrutura de princípios, tal qual a que estabelece a igualdade material entre homens e mulheres, porquanto não mais se encontra na época do direito por regras, oriundo do Estado Liberal, mas sim no direito regulado, sobretudo, por princípios, inato à noção de Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, CF), o qual demanda a harmonização de princípios e regras como normas jurídicas presente na ordem jurídica. Então, o princípio da legalidade da administração pressupõe o da constitucionalidade das leis.

Finalmente, devido ao fato de todo ordenamento jurídico perseguir certos fins cuja força unificadora é dada pela Constituição, os princípios fundamentais, elencados nos arts. 1º ao 4º, CF, constituem as diretrizes que darão ao intérprete os fins perquiridos por dada comunidade política. Destarte, é irracional, em um ordenamento o qual busca construir uma sociedade livre, justa, solidária e sem preconceitos (art. 3º, I e IV, CF), que se perpetuem leis contrárias aos preceitos constitucionais, sob pena também de afronta ao princípio da segurança jurídica e também da própria legalidade.

Do mesmo modo, a Lei Complementar Estadual nº 12/1999, em seu art. 6º, contempla o cônjuge como dependente, o que reforça o entendimento esposado acima.

Para que não parem dúvidas sobre a questão em exame, é que se colaciona o entendimento abaixo, oriundo desta Corte de Justiça, afastando a tese esposada pelo apelante

EMENTA: PROCESSO CIVIL – REGIMENTAL CONTRA MONOCRÁTICA QUE DECIDIU APELO – PRELIMINARES REJEITADAS – MÉRITO – INCLUSÃO DE CÔNJUGE VARÃO COMO DEPENDENTE DE SERVIDORA PÚBLICA – 1. A controvérsia a ser dirimida nos presentes autos trata da exigência de comprovação da condição de invalidez e dependência econômica do marido de servidora pública para sua inclusão como dependente previdenciário. 2. Preliminares de ilegitimidade passiva do Estado do Ceará e de sentença ultra petita rejeitadas. 3. *Em face do princípio da isonomia, albergado pela Constituição Federal de 1988, não é possível exigir requisitos diferenciados aos cônjuges para deferimento de dependência previdenciária.* 4. *Por esta razão, o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará já se manifestou reiteradamente pela não recepção do art. 7º, I da Lei Estadual nº 10.776/1982.* 5. Precedentes do TJCE. Agravo Regimental conhecido e desprovido. Decisão monocrática desta Relatoria mantida. Unânime. (Agravo Regimental nº 40046077200080600012, Relator(a): Maria Iracema Martins do Vale, Comarca: Fortaleza, Órgão julgador: 4ª Câmara Cível, Data de registro: 12.04.2011)

Ademais, dando mais razão ao posicionamento esposado, colaciono a inteligência do art. 4º da Lei nº 14.687/2010, que, dispondo acerca da finalidade e a organização do Issec, tratou do vertente tema:

Art. 4º São considerados dependentes:

- I – cônjuge, a companheira ou o companheiro;
- II – filho menor não emancipado e o filho inválido, este desde que acometido de invalidez ocorrida até sua maioridade ou emancipação;
- III – menor sob tutela;
- IV – ex-cônjuge, desde que beneficiário de pensão alimentícia.

Assim, não merecia guarida o recurso apelatório apreciado monocraticamente por este Relator, bem como o presente Agravo Regimental.

Isso posto, conheço o presente recurso, mas para negar-lhe provimento, mantendo a decisão monocrática agravada e, por consequência, a sentença proferida pelo magistrado de piso, em todos os seus termos.

É como voto

Fortaleza, 7 de março de 2016.

Paulo Francisco Banhos Ponte
Desembargador Relator

7755

Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios

Poder Judiciário da União

Órgão: 3ª Turma Cível

Classe: Agravo de Instrumento

Nº Processo: 20160020070033AGI

(0007915-75.2016.8.07.0000)

Agravante(s): R. A. G. F.

Agravado(s): não há

Relator: Desembargador Flavio Rostirola

Acórdão nº 956218

EMENTA

PROCESSO CIVIL – CIVIL – ARROLAMENTO SUMÁRIO – CASAMENTO CELEBRADO NO EXTERIOR – AUSÊNCIA DE REGISTRO NO BRASIL – PRODUÇÃO DE EFEITOS – CERTIDÃO DE CASAMENTO – NECESSIDADE – COMPROVAÇÃO DO ESTADO CIVIL DO *DE CUJUS*

1. O arrolamento sumário é procedimento admitido quando os interessados são capazes e concordam sobre a divisão dos bens deixados pelo falecido ou quando há herdeiro, ao qual serão adjudicados os bens arrolados.
2. Embora a Lei de Registro Público – especificamente o art. 32, § 1º, da Lei nº 6.015/1973 – determina o registro do casamento no Brasil, sua ausência não invalida o ato ou é capaz de impedir que dele surjam efeitos no Direito de Família ou no Direito das Sucessões.
3. A certidão de casamento atualizado do *de cujus* é documento necessário para que se verifique a inexistência de outros herdeiros ou eventual direito de meação do ex-cônjuge.
4. Não há elementos probantes suficientes que possibilitem atender, com segurança, o pleito do Recorrente. A ausência do registro no Brasil de casamento ocorrido no exterior não conduz à declaração de que a falecida mantém o estado civil de solteira.
5. Agravo não provido.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 3ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Flavio Rostirola – Relator, Fátima

Rafael – 1º Vogal, Maria de Lourdes Abreu – 2º Vogal, sob a presidência da Senhora Desembargadora Maria de Lourdes Abreu, em proferir a seguinte decisão: *conhecer e negar provimento, unânime*, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 20 de julho de 2016.

Documento Assinado Eletronicamente
Flavio Rostirola
Relator

RELATÓRIO

Agravante: R. A. G. F.

Agravada: não há

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por R. A. G. F., contra decisão de fl. 71, em ação de inventário e partilha sob o procedimento de arrolamento sumário.

Ao proferir a r. decisão guerreada (fl. 71), o MM. Juiz *a quo* indeferiu o pedido de prosseguimento do feito sem a juntada da certidão de casamento atualizada da falecida, conforme determinado em decisão de fls. 52/53.

Nas razões recursais, o Recorrente repisa que sua mãe haveria falecido no Canadá, e que a certidão de óbito de fl. 06 registraria que aquela seria divorciada. Ressalta que, em atendimento à determinação judicial, *“diligenciou junto à Embaixada do Canadá no Brasil, e não obteve êxito”* (fl. 3). Assevera que, diante da dificuldade de obter o referido documento, haveria requerido o prosseguimento do feito *“admitindo-se a extinta como solteira, pois o casamento realizado no Canadá jamais foi comunicado às autoridades consulares brasileiras, de modo que não há registro de casamento no Brasil”* (fl. 03). Alega que *“o ato praticado no Canadá sem o respectivo registro no Brasil não opera efeitos jurídicos no Brasil”* e que *“a ausência de registro do casamento e divórcio no Brasil faz com que a extinta, em território nacional, mantenha o estado civil de solteira”* (fl. 03). Aponta violação ao art. 32, *caput* e § 1º, da Lei nº 9.015/1973, o qual determina que, para a produção de efeitos jurídicos em território brasileiro, seria necessário o registro no País.

Requer o provimento do recurso para *“reformar a decisão agravada, admitindo-se o estado civil da extinta como solteira, e determinando-se o prosseguimento do inventário”* (fl. 04).

Ciência da r. decisão pela Defensoria à fl.72.

Sem preparo em face da gratuidade de justiça concedida ao Agravante (fl. 33).

Indeferiu-se ao Agravante pedido liminar (fls. 77/80).

É o relatório.

VOTO

O Senhor Desembargador Flavio Rostirola – Relator:

DO DIREITO INTERTEMPORAL PROCESSUAL

Como é por todos sabido, no dia 18.03.2016 entrou em vigor o Novo Código de Processo Civil.

Obviamente que o impacto das novas regras em um processo em andamento é imenso *“gerando inúmeros transtornos, sem contar a insegurança jurídica decorrente da incerteza acerca de qual norma deverá regular determinada relação jurídica”* (PRESGRAVE, Ana Beatriz Rebello. Direito intertemporal processual. In: *Novo CPC doutrina selecionada*. Volume 4: Procedimentos Especiais, Tutela Provisória e Direito Transitório. MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Orgs.). Salvador: JusPodivm, 2015, p. 649).

De todas as teorias criadas em situações de transição, desengandadamente, o Novo Código de Processo Civil, nos arts. 14 e 1.046, adotou o critério denominado pela doutrina de *“isolamento dos atos e situações processuais”* (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 7. ed. rev. São Paulo: Malheiros, v. 1, 2013. p. 102).

Conceitualmente, este sistema considera o processo como *“um conjunto de atos concatenados, sendo que cada ato poderá ser isolado para fins de incidência de novas regras. É este o sistema adotado pela ordem processual brasileira, consoante se denota pelas disposições contidas no art. 1.211, CPC/1973, art. 1.046, NCPC e art. 5º, XXXVI, CF. Assim, as novas regras irão incidir nos processos em curso, consoante expressa previsão legal, respeitados os atos já realizados, em atenção e respeito ao direito adquirido”* (PRESGRAVE, Ana Beatriz Rebello. Direito intertemporal processual. In: *Novo CPC doutrina selecionada*. Volume 4: Procedimentos Especiais, Tutela Provisória e Direito Transitório. MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Orgs.). Salvador: JusPodivm, 2015. p. 654).

A consequência desse raciocínio, especificamente em relação a este julgamento, é que não existe um direito adquirido a um procedimento recursal.

Assentada em tal premissa, a doutrina aponta que as *“normas que tratam apenas de procedimento de julgamento recursal aplicam-se inclusive às decisões proferidas antes da sua entrada em vigor. Prevalece a regra geral do art. 1.211, parte final, do CPC”* (MALLET, Estevão. *Reflexões sobre a Lei*

nº 13.015/2014. Revista LTr: Legislação do trabalho, v. 79, n. 1, p. 41-58, jan. 2015, p. 58).

No mesmo sentido, defendendo a teoria da incidência imediata: “vigora a regra da aplicação imediata da lei nova, respeitados os atos já praticados” (LACERDA, Galeno. *O novo direito processual civil e os efeitos pendentes*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 13).

Contudo, há que se proteger um valor fundamental ao direito, qual seja: a segurança jurídica.

Com efeito, entre os limites impostos pelo princípio *tempus regit actum*, que afasta a aplicação retroativa do direito novo, deve-se, desde já, relembrar as seguintes regras:

- (a) “A lei vigente à época da prolação da decisão que se pretende reformar é que rege o cabimento e a admissibilidade do recurso” (REsp 1132774/ES).
- (b) em razão de uma situação jurídica processual consolidada, “o recorrente não é nem prejudicado por um prazo menor, nem beneficiado por um prazo maior, estabelecido pela nova lei” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Anotações sobre o direito intertemporal e as mais recentes alterações do CPC. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Doutrinas Essenciais: Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. I, 2011. p. 1200).
- (c) “os prazos iniciados antes da vigência do NCPC continuarão regulados pelo CPC/1973, inclusive no tocante à sua forma de contagem, aplicando-se a contagem em dias úteis apenas aos processos iniciados sob a vigência do NCPC” (YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Segurança Jurídica, Direito Intertemporal e as Regras de Transição no Novo CPC (Lei nº 13.105/2015). In: *Novo CPC doutrina selecionada*. Volume 4: Procedimentos Especiais, Tutela Provisória e Direito Transitório. MACÊDO, Lucas Buri de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Orgs.). Salvador: JusPodivm, 2015. p. 688).

Em relação aos honorários sucumbenciais recursais, esses foram criados para impedir a ventilação de pretensões recursais desprovidas de fundamentos. Denominando essas insurgências de “recursos frívolos”, Elaine Harzheim Macedo e Paulo Roberto Pegoraro Junior destacam que a majoração da verba honorária no novo CPC cumpre o papel a que se propôs “isto é, desestimular recursos que porventura tenham projeção negativa de êxito” (MACEDO, Elaine Harzheim; PEGORARO JUNIOR, Paulo Roberto. *Majoração dos honorários na fase recursal no novo Código de processo civil: responsabilidade objetiva ou subjetiva?* Magister de Direito Civil e Processual Civil, v. 11, n. 66, p. 40-53, maio/jun. 2015, p. 48).

Considerando, portanto, ser o novo instituto um elemento econômico desmotivador para a interposição de recurso, não se pode conferir eficácia retroativa ao seu conteúdo em razão da impossibilidade de prejudicar a parte em razão de ato praticado antes do início da vigência da nova lei.

Em conclusão, destaco uma quarta regra, qual seja: (d) a majoração da verba honorária na fase recursal somente pode ser aplicada nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, na forma do art. 85, § 11, do Novo CPC.

Feitas essas ressalvas, passo ao voto que me cabe.

No caso concreto, considerando que a situação jurídica foi consolidada na vigência da lei anterior, está-se diante de um direito subjetivo-processual adquirido. Logo, a hipótese dos autos deve ser disciplinada pelas regras previstas no CPC de 1973, impedindo, *in casu*, a retroatividade das disposições do Novo diploma processual.

Uma vez preenchidos os pressupostos de admissibilidade, *conheço* do recurso.

O Recorrente, em síntese, argumenta que o casamento realizado no exterior não foi registrado conforme determina o art. 32, *caput* e § 1º, da Lei nº 9.015/1973, e, por tal razão, à luz do sistema jurídico brasileiro, o estado civil da falecida é solteira, razão pela qual reputa desnecessário trazer aos autos certidão atualizada de casamento.

Vejam os.

O arrolamento sumário é procedimento admitido quando os interessados são capazes e concordam sobre a divisão dos bens deixados pelo falecido ou quando há herdeiro único, ao qual serão adjudicados os bens arrolados.

Nos termos do inc. II do art. 1.032 do CPC/1973, na petição de inventário, sob a forma de arrolamento sumário, os herdeiros declararão os títulos dos herdeiros e os bens do espólio. Por sua vez, o art. 993 do CPC/1973 determina que o inventariante dentro de 20 (vinte) dias, contados da data em que prestou o compromisso, faça as primeiras declarações, entre essas, o nome, estado, idade e residência dos herdeiros e, havendo cônjuge supérstite, o regime de bens do casamento.

Na demanda em exame, o agravante alega que é o único herdeiro da mãe, falecida no exterior em 07.01.2015; junta aos autos certidão de óbito em que fez constar informação de que sua mãe era divorciada na data do óbito (fl. 09) e pretende, ao final, a adjudicação de imóvel situado na SHC/N 409/410, apartamento 104, bloco “P”, Brasília/DF e saldo da conta corrente nº 668144-1, agência 10030. Registre-se, por oportuno, que as declarações constantes na referida certidão à fl.09 foram feitas pelo agravante.

Embora a Lei de Registro Público – especificamente o art. 32, § 1º, da Lei nº 6.015/1973 – determine o registro do casamento no Brasil, sua ausência não invalida o ato ou é capaz de impedir que desse surjam efeitos, como aqueles decorrentes do Direito de Família ou do Direito das Sucessões.

A respeito, destaca-se doutrina de Nádia de Araújo:

“A regra *Lex loci celebrationis* para regular as formalidades do casamento já era encontrada nos escritos dos estatutários, e perdura até hoje, sendo um dos grandes princípios do DIPr. Sempre será considerado válido em outro país o casamento celebrado de acordo com a lei do local de sua realização. O que suscita questionamento são os efeitos, no Brasil, do ato realizado no exterior. Primeiro há necessidade do registro, situação distinta, consoante a nacionalidade dos nubentes. A lei brasileira – LRP e NCC – determina a obrigatoriedade do registro no Brasil dos assentos de casamentos de brasileiros realizados no exterior, ainda que estes não estejam aqui domiciliados (art. 32, § 1º, da LRP). Esta é a hipótese na qual remanesce o critério da nacionalidade, como exceção ao princípio geral do domicílio (art. 7º da LICC). Sob o regime do Novo Código Civil, o brasileiro que se casa no exterior, perante autoridade estrangeira ou consular tem a obrigação de registrar o casamento no 1º Ofício de onde residir.

[...]

Não obstante a obrigatoriedade de registrar o documento comprobatório do matrimônio, a inexistência do documento não invalida a sua ocorrência, pois se trata de questão relativa ao estado da pessoa. Em alguns casos da época de guerra, promoveu-se a comprovação por outras formas admitidas em direito, porque houve a perda dos documentos. O TJSP decidiu pela existência de um casamento realizado no religioso na Polônia, em 1973, pois a Igreja fora destruída. O tribunal entendeu que a inexistência da certidão não invalida o vínculo, que podia ser comprovado por outros meios.” (ARAÚJO, Nádia. *Direito Internacional Privado: Teoria e prática brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 409/413)

Confira-se aresto do Superior Tribunal de Justiça a propósito:

CIVIL – CASAMENTO REALIZADO NO ESTRANGEIRO, SEM QUE TENHA SIDO REGISTRADO NO PAÍS – O casamento realizado no exterior produz efeitos no Brasil, ainda que não tenha sido aqui registrado. Recurso especial conhecido e provido em parte, tão só quanto à fixação dos honorários de advogado (REsp 440.443/RS, Rel. Min. Ari Pargendler, 3ª T., Julgado em 26.11.2002, DJ 26.05.2003, p. 360)

No caso em tela, em que pesem suas alegações, evidencia-se que o Agravante não colacionou aos autos prova adequada do estado civil de sua mãe falecida.

Cumpra destacar não ser possível presumir que a falecida era solteira apenas com os documentos juntados aos autos. Portanto, a certidão de casamento atualizado do de cujus é documento necessário para que se verifique a inexistência de outros herdeiros ou eventual direito de meação do ex-cônjuge.

Não há elementos probantes suficientes que possibilitem atender, com segurança, o pleito do Recorrente. A ausência do registro no Brasil de casamento ocorrido no exterior não conduz à declaração de que a falecida mantém o estado civil de solteira.

Essas as razões por que *nego provimento* ao agravo de instrumento, para manter incólume a r. decisão recorrida.

É o voto.

A Senhora Desembargadora Fátima Rafael – Vogal

Com o relator.

A Senhora Desembargadora Maria de Lourdes Abreu – Vogal

Com o relator.

DECISÃO

Conhecer e negar provimento, unânime

7756

Tribunal de Justiça do Estado de Goiás

Gabinete do Desembargador Ney Teles de Paula

Agravo de Instrumento nº 141258-16.2016.8.09.0000 (201691412589)

Comarca de Mara Rosa

Agravante: R. P. P. e outro

1ºs Agravados: O. de S. M. (espólio) e outros

2º Agravado: W. de S. M. (espólio) e outros

Relator: Desembargador Ney Teles de Paula

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE C/C PETIÇÃO DE HERANÇA – PRESCRIÇÃO – OCORRÊNCIA

Os interessados deverão buscar através de ação própria seu direito sucessório na partilha anterior, tendo em vista que transcorreram mais de 20 (vinte) anos da data da homologação da partilha, até a propositura da ação de investigação de paternidade c/c petição de herança, ocorrendo portanto a prescrição vintenária. Agravo conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de instrumento, acordam os componentes da Primeira Turma Julgadora da Segunda Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, à unanimidade de votos, em conhecer do recurso e negar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

Votaram, além do Relator, o Desembargador Carlos Alberto França e o Desembargador Zacarias Neves Coêlho.

Presidiu a sessão o Desembargador Carlos Alberto França.

Fez-se presente, como representante da Procuradoria-Geral de Justiça, o Dr. José Carlos Mendonça.

Goiânia, 12 de julho de 2016.

Desembargador Ney Teles de Paula
Relator

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso, dele conheço.

A questão controvertida cinge-se ao fato do juiz singelo não ter concedido aos agravantes o pedido de realização de nova partilha nos próprios autos da ação de inventário, ao argumento de que deveria ser feita através de ação própria.

Pois bem. É sabido que a não participação de herdeiros necessários no processo de inventário enseja o retorno dos bens ao monte mor a fim de que seja ultimada nova distribuição dos bens, mesmo que o processo de inventário já tenha sido homologado.

Assim, tendo sido os agravantes reconhecidos como herdeiros necessários do *de cuius*, seu direito de herança poderia ser requerido através de simples petição nos autos, se a nulidade da partilha tivesse sido requerida dentro do prazo de 20 (vinte) anos. Neste sentido vejamos:

“EMENTA: PROCESSUAL E CIVIL – INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E PETIÇÃO DE HERANÇA – PROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS – DISPENSA DE PROPOSTURA DE AÇÃO DE NULIDADE DA PARTILHA – PRESCRIÇÃO VINTENÁRIA NÃO OCORRIDA – RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO *IN SPECIE* – Precedentes os pedidos de investigação de paternidade com petição de herança, é dispensável a propositura de nova ação, posto que a decretação de nulidade da partilha realizada sem a presença da autora vitoriosa na investigatória é consequência lógica e automática, devendo apenas ser elaborada nova partilha, posto que já reconhecido o direito à herança. O prazo para postular a nulidade de partilha pelo herdeiro que da mesma não participou é de 20 (vinte) anos, e como tal prazo não decorreu, latente o direito do referido herdeiro à postulação da herança.” (TJMG, 7ª C.Cív., Rel. Des. Belizário de Lacerda, AC 10347050021554001, publicado em 17.05.2013)

Eis o julgado deste Tribunal:

“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA – FUNGIBILIDADE – PETIÇÃO DE HERANÇA – PRESCRIÇÃO – OCORRÊNCIA – 1. A ação declaratória foi recebida como petição de herança, tendo em vista a alegação dos autores, de que foram preteridos em seus direitos de herança, havendo a necessidade, primeiramente, de serem reconhecidos como herdeiros. 2. Pacífico o entendimento jurisprudencial de que a ação de petição de herança é prescritível. Inteligência da Súmula nº 149, do STF, e dos demais Tribunais Pátrios. 3. Prescreve em 20 (vinte) anos o prazo para que o herdeiro preterido, postule seu direito de herança, no processo de inventário. Apelação conhecida e desprovida.” (6ª C.Cív., Rel. Des. Norival Santomé, AC 30273-83.2007.8.09.0100, DJ 1421 de 06.11.2013)

Nessa linha, adverte Caio Mário da Silva Pereira (em *Instituições de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Forense, v. VI, p. 62), que “o problema se esclarece

com a distinção entre o status, que é imprescritível, e a pretensão econômica judicialmente exigível, que como toda outra pretensão exigível (Anspruch) prescreve. O filho terá ação sempre para se fazer reconhecer (ação de estado, imprescritível); mas não terá direito à herança, depois de decorridos 20 anos da abertura da sucessão (petição de herança)”.

Desta feita, mesmo que a sentença nos autos da investigação de paternidade c/c petição de herança tenha reconhecido os direitos sucessórios dos agravantes, Gabinete do Desembargador Ney Teles de Paula estes somente poderão ser requeridos através de ação própria, eis que postularam a nova partilha somente em 10 de novembro de 2015 (fl. 90), enquanto a sentença homologatória da primeira partilha foi proferida em 15 de outubro de 1990, ou seja, transcorreram-se mais de 20 (vinte) anos, tendo ocorrido a prescrição.

Ademais, se considerarmos a data da propositura da ação de investigação de paternidade movida pelo agravantes, melhor sorte não lhes socorreria, pois esta foi protocolada em 25 de outubro de 2010 (fl. 105), ou seja, também mais de 20 (vinte) anos após ser proferida a sentença homologatória (15.10.1990).

Ao teor do exposto, conheço do recurso e nego-lhe provimento, mantendo incólume a decisão vergastada por estes e por seus próprios fundamentos.

É o voto.

Goiânia, 12 de julho de 2016.

Desembargador Ney Teles de Paula
Relator

7757

Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso

Quinta Câmara Cível

Apelação nº 133511/2012 – Classe CNJ – 198

Comarca de Novo São Joaquim

Apelante: F. S. N.

Apelados: Biogenetics Tecnologia Molecular Ltda. e outro(s)

Número do Protocolo: 133511/2012

Data de Julgamento: 26.08.2015

EMENTA

RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – DISCREPÂNCIA ENTRE RESULTADOS DE DNA – DANO EVIDENCIADO – FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – INVERSÃO DO ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA CABÍVEL – INTELIGÊNCIA DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 21 DO CPC – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO

Nos moldes do Código de Defesa do Consumidor o fornecedor responde objetivamente pelo defeito do serviço, assim, evidenciada a prática de ato ilícito, resta o dever de indenizar.

Reformada a sentença, julgando-se parcialmente procedentes os pedidos iniciais, necessário se faz a inversão do ônus sucumbenciais, assim, considerando que com a reforma a parte vencedora decaiu da parte mínima dos pedidos, a outra parte arcará com a totalidade dessas despesas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em epígrafe, a Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, sob a Presidência do Des. Carlos Alberto Alves da Rocha, por meio da Câmara Julgadora, composta pela Des^a Cleuci Terezinha Chagas Pereira da Silva (Relatora), Des. Carlos Alberto Alves da Rocha (Revisor) e Des. Dirceu dos Santos (Vogal), proferiu a seguinte decisão: *recurso parcialmente provido. Decisão unânime.*

Cuiabá, 26 de agosto de 2015.

Desembargadora Cleuci Terezinha Chagas Pereira da Silva
Relatora

RELATÓRIO

Exma. Sra. Des^a Cleuci Terezinha Chagas Pereira da Silva

Egrégia Câmara:

Cuida-se de recurso de apelação cível interposto por F. S. N. contra decisão proferida pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Novo São Joaquim/MT, que julgou improcedente a Ação de Indenização por Danos Morais nº 647-73.2009.8.11.0106, proposta contra Biogenetics Tecnologia Molecular Ltda.; IPC – Instituto de Perícias Científicas; e Dyagen Laboratórios DNA Vida – Clínica de Exames DNA.

O Apelante sustenta que houve ato ilícito praticado pelo segundo Apelado, uma vez que após realizar exame de DNA nos três laboratórios, ora Apelados, aquele apresentou resultado positivo de paternidade, ocasionado transtornos de ordem psicológica, evidenciando os danos morais.

Postula pela inversão dos ônus de sucumbência.

Ao final pugna pelo provimento recursal a fim de que seja reformada a sentença para julgar procedente a ação.

Devidamente intimados, os Apelados não apresentaram contrarrazões, conforme atesta certidão de fl. 131 e documento de publicação de fls. 7v.

É o relatório.

VOTO

Exma. Sra. Des^a Cleuci Terezinha Chagas Pereira da Silva (Relatora)

Egrégia câmara:

Depreende-se dos autos que na Ação de Investigação de Paternidade nº 213/2008 proposta pelo ora Apelante, este fora submetido à realização de 03 (três) exames de DNA em laboratórios distintos, sendo que o primeiro Laboratório, Biogenetics, concluiu pela negativa da paternidade em relação ao menor A. R. da S.

Já o segundo exame realizado pelo IPC – Instituto de Perícias Científicas, apontou ser o Apelante pai biológico do menor.

Diante dessa contradição, a genitora e representante do menor, discordou do segundo resultado, sendo, por conseguinte, determinada a realização de novo exame, pelo laboratório Padrão DNA Vida, o qual confirmou que o Apelante não é o genitor do menor.

Razões essas que ensejaram a propositura da presente demanda indenizatória, que fora julgada improcedente pelo Magistrado *a quo*, motivando a insurgência nesta instância.

Superado o introito elucidativo, passo à análise recursal.

Inicialmente, cumpre ressaltar que a questão posta cuida-se de relação consumerista, conforme estabelece a Lei nº 8.078/1990 – Código de Defesa do Consumidor, vez que a atividade desenvolvida se ajusta à regra do art. 3º, e § 2º, inserindo os Apelados à categoria de prestador de serviços. De igual modo, o Apelante se amolda à figura do consumidor prevista no art. 2º do CDC.

Desse modo, a responsabilização no direito do consumidor, em regra, é objetiva, prescindindo da demonstração de culpa, esse modelo decorre da teoria do risco empreendimento (art. 14 do CDC), da qual advém a espécie *risco-proveito*, cujo fundamento de responsabilização se pauta, segundo Bruno Miragem, na *posição negocial ocupada pelo fornecedor – responsável pela reparação dos danos causados – ou mesmo pelo aspecto econômico que envolve a relação de consumo no mercado de consumo*. (in: *Curso de direito do consumidor*. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 501).

Outrossim, essa teoria funda-se na premissa de que quem obtém vantagens, lucros e benefícios do negócio de risco, no qual é inerente a previsibilidade de danos, deve arcar com os prejuízos causados, independente de culpa, aplicável à hipótese *ex vi* do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor.

A culpa é presumida pela legislação ou simplesmente é dispensada a sua comprovação.

É incontroverso que o IPC – Instituto de Perícias Científicas cometeu o erro na confecção do laudo, não tendo negado a sua falha em primeira instância. Também se afigura evidente a ocorrência do dano moral, pois é certo que o resultado equivocou, afirmando que o Apelante seria o pai do menor, lhe causou diversos infortúnios, conforme relatado na inicial.

O erro no exame de DNA trouxe consequências no âmbito pessoal, afetivo e jurídico, ocasionando graves transtornos com o vínculo afetivo que o Apelante mantinha com o menor, além de ambos terem permanecido por quase 05 (cinco) meses com incerteza sobre a paternidade.

Fatos esses que geraram angústia, preocupação, desconforto, estresse, até que o segundo Apelado (IPC – Instituto de Perícias Científicas) reconhecesse o equívoco.

É de se considerar, também, que o dano ocorreu em 11.03.2009 (fls. 21/27), data do laudo que deu como positiva a paternidade do Apelante, mantendo-se até o mês de julho de 2009 (fls. 60/62), quando veio aos autos o esclarecimento do Diretor Executivo do Apelado (IPC – Instituto de Perícias Científicas), informando o erro do laudo anteriormente realizado, sendo imperioso consignar que essa resposta somente se deu ante a discordância da genitora do menor, na audiência realizada na da data de 20 de julho de 2009

(fls. 40/41), com o resultado do exame em questão, ocasionando a realização de novo procedimento no terceiro laboratório.

Nesse contexto, o nexo de causalidade entre o fato e o dano sofrido pelo apelante encontra-se claramente evidenciado em decorrência da confirmação de que o Apelado, IPC (Instituto de Perícias Científicas), prestou serviço de exame laboratorial ao Apelante, tendo o mesmo confessado o erro quando da inserção dos nomes dos supostos pais em suas respectivas planilhas, senão veja-se:

“[...]”.

1.3) nos procedimentos finais administrativos, que abrangem a inserção dos nomes das Partes em suas respectivas planilhas de cálculos, que gera o resultado ao Laudo Pericial e liberação do resultado, foram encontradas *divergências*, as quais serão descritas a seguir:

houve falha na intervenção humana, quando da inserção dos nomes das Partes em suas respectivas planilhas;

no Anexo 01, planilha de cálculos do Suposto Pai 1, do Laudo, foi nomeado erroneamente, havendo a troca entre os Supostos Pais digitados. Ou seja, o Suposto Pai 1 teve em sua planilha de cálculos inserido indevidamente, o nome do Suposto 2 e vice-versa.

2) face ao exposto acima, só nos resta admitir o nosso *erro*, onde o senhor F. S. N., informado como Pai, e o Senhor V. P. da S., excluído da possibilidade de ser o Pai Biológico de A. R. da S., constituem resultados equivocados. Na verdade o Senhor V. P. da S. é verdadeiramente o *pai biológico* de A. R. da S. Para tanto, foram repetidos *todos* os procedimentos laboratoriais, o que assevera a certeza e segurança desta retificação.

3) lamentamos profundamente o ocorrido e deste já, pedimos que as Partes e este Juízo informe-nos de quaisquer prejuízo nós causados, indicando um número de conta para o imediato ressarcimento de despesas havidas com exames suplementares e outras diligências que vieram a ser despendidas pelas Partes.

[...]”. (Documento emitido pelo IPC – Instituto de Perícias Científicas, de fls. 60/62).

À propósito, essa é a orientação jurisprudencial:

“APELAÇÃO CÍVEL – DANOS MORAIS – RESULTADO ERRADO DE EXAME LABORATORIAL – OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR – RECURSO IMPROVIDO

1. Ao divulgar um resultado de exame deve ocorrer a cautela a preservar a integridade física e moral do paciente, inclusive no tocante aos risco de imprecisão, sob pena de responder pelos danos produzidos em decorrência da indicação de diagnóstico errado.

2. Indenização fixada em valores razoáveis, mantida a sentença.” (TJES, AC 035010137467, 3ª C.Cív., Rel. Des. Jorge Góes Coutinho, J. 21.10.2003)

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – RESPONSABILIDADE CIVIL – DANOS MORAIS – LABORATÓRIO DE ANÁLISES CLÍNICAS – ERRO DE DIAGNÓSTICO – DEVER DE INDENIZAR – PRECEDENTES – REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA – SÚMULA Nº 7/STJ – MATÉRIA CONSTITUCIONAL – EXAME PELO STJ – INVIABILIDADE – AGRAVO DESPROVIDO

1. ‘O diagnóstico inexato fornecido por laboratório radiológico levando a paciente a sofrimento que poderia ter sido evitado dá direito à indenização. A obrigação da ré é de resultado, de natureza objetiva (art. 14 c/c o art. 3º do CDC)’ (REsp 594.962/RJ, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ de 17.12.2004). 2. A modificação do entendimento lançado no v. acórdão recorrido, acerca da existência de vício no resultado do exame, recorrido, demandaria o reexame do material fático-probatório dos autos, o que é vedado pela Súmula nº 7 do STJ, que dispõe: ‘A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.’ 3. É incabível a apreciação de matéria constitucional na via eleita, sob pena de usurpação da competência do eg. Supremo Tribunal Federal, nos termos do que dispõe o art. 102, III, da Magna Carta. 4. Agravo regimental desprovido.” (AgRg-AREsp 317701/SP, desta relatoria, DJe de 08.11.2013)

Caso similar ao dos autos foi objeto de análise recente pelo e. TJMG, conforme acórdão que porta a seguinte ementa:

“DIREITO CIVIL – INDENIZAÇÃO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – ERRO NO EXAME LABORATORIAL – NEXO DE CAUSALIDADE PRESENTE – DANOS MORAIS CONFIGURADOS – ARBITRAMENTO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO PELO MAGISTRADO – EXTENSÃO DOS PREJUÍZOS – OBSERVÂNCIA DA RAZOABILIDADE

Demonstrado nos autos que a parte autora suportou danos decorrentes do erro do resultado do exame laboratorial, resta provado suficientemente o fato constitutivo do seu direito. O erro grosseiro de diagnóstico laboratorial que põe em dúvida a paternidade evidencia a ocorrência de danos morais indenizáveis a favor daquele que foi posta em dúvida a origem de seu filho.

A fixação do valor pecuniário da indenização a título de danos morais deve ser realizada pelo Magistrado, levando-se em consideração as peculiaridades do caso concreto.” (Apelação Cível nº 1.0672.09.410502-6/001, Rel. Des. Fernando Caldeira Brant, 11ª Câmara Cível, J. 09.02.2011, DJ 18.02.2011).

Por fim, vejamos no tocante a *quantum* indenizatório.

A indenização a título de danos morais não tem o condão de ressarcir de forma equivalente os prejuízos sofridos, exatamente porque o bem atingido não é passível de mensuração econômica, cumprindo, então, estimar um dado valor tendo-se em conta dois aspectos fundamentais do instituto: o caráter compensatório e sancionatório. Compensatório porque, ainda que não seja capaz de estabelecer a situação anterior, pode proporcionar à parte certo conforto material, no sentido de lhe minorar o sofrimento. Sancionatório ou punitivo porque

a condenação objetiva coibir condutas semelhantes, desestimulando, assim, a repetição de condutas danosas.

Entretanto, não se deve olvidar que essa espécie de indenização não pode se constituir em fonte de enriquecimento ilícito, com manifestos abusos e exageros, devendo o arbitramento operar-se com moderação, ou seja, proporcionalmente ao grau de culpa e ao porte financeiro das partes.

Há de se orientar o julgador, valendo-se da experiência e do bom senso, atento à realidade da vida, notadamente à situação econômica atual e às peculiaridades de cada caso.

A somar-se a esses requisitos, a jurisprudência tem levado em consideração determinados aspectos (gravidade e extensão do dano, condições das partes,...) na operação de arbitramento.

In casu, considerando as consequências do ato lesivo, a intensidade do abalo psicológico experimentado pelo Apelante, bem como a duração do sofrimento, fixo os danos morais no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a ser corrigido monetariamente a partir da presente data, e acrescido de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês.

Em consequência, os ônus de sucumbência deve ser invertido, considerando a procedência do pedido, *ex vi* do parágrafo único do art. 21 do CPC, considerando que o Apelante decaiu da parte mínimado pedido.

Ante o exposto, *conheço* do recurso e *dou-lhe parcial provimento* para reformar a r. sentença, a fim de condenar o Apelado IPC (Instituto de Perícias Científicas) ao pagamento de indenização ao Apelante por danos morais no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a ser corrigido monetariamente a partir desta data, acrescido de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, por conseguinte, inverte os ônus de sucumbência condenando o Apelado ao pagamento das custas nos termos consignados em primeira instância.

Determino que na publicação da pauta de julgamento, bem como, do julgado constem o nome do patrono do Apelado – IPC (Instituto de Perícias Científicas, cuja procuração está acostada às fls. 144.

É como voto.

7758

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Apelação Cível nº 1.0024.13.305842-0/001

Comarca de Belo Horizonte

Numeração: 3058420-

Relator: Des.(a) Heloisa Combat

Relator do Acórdão: Des.(a) Heloisa Combat

Apelante(s): I. A. G.

Apelado(a)(s): Município de Belo Horizonte, T. do C. T., M. A. T. e outro(a)(s)

Data do Julgamento: 30.06.2016

Data da Publicação: 05.07.2016

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ORDINÁRIA – PROMESSA DE DOAÇÃO AOS FILHOS – DIVÓRCIO – ILEGITIMIDADE ATIVA – RECONHECIMENTO – LITISPENDÊNCIA – IDENTIDADE CONFIGURADA

Os lotes em litígio, objetos de promessa de doação, conforme partilha, couberam ao varão. Portanto, não se trata de bens que couberam à autora, mas ao ex-marido, que se comprometeu em realizar a doação para os filhos.

Sendo assim, no caso específico, a autora carece de legitimidade ativa para requerer o cumprimento da promessa de doação, o que pode ser, eventualmente, buscado pelos filhos do casal, promissários donatários dos lotes.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em negar provimento ao recurso.

Des^a Heloisa Combat
Relatora

VOTO

Trata-se de apelação cível interposta por I. A. G. contra a r. sentença do MM. Juiz da 2ª Vara de Feitos da Fazenda Pública Municipal, da Comarca de

Belo Horizonte que, nos autos do procedimento ordinário com pedido condenatório interposto pela autora contra o Município de Belo Horizonte, M. A. T. e T. C. T., excluiu o Município de Belo Horizonte do polo passivo da lide, julgou extinto o feito em relação ao ente público, na forma do art. 267, VI, do CPC/1973 e também em relação às demais partes, fundamentando na litispendência superveniente, na forma do art. 267, V, do CPC/1973 (fls. 376/381).

Condenou a autora ao pagamento das custas e honorários advocatícios, fixados no importe de R\$ 1.500,00, sendo 1/3 para cada um dos requeridos, isenta a autora por litigar sob o pálio da justiça gratuita.

Aviados os embargos de declaração de fls. 382/387, foram rejeitados pela decisão de fl. 388.

Em suas razões de apelação, expostas às fls. 390/404, a recorrente afirma que foi casada com M. A. T. sob o regime de comunhão parcial de bens, no período de 07.02.1985 a 21.06.1996, sendo esta última a data de decretação do divórcio requerido nos autos nº 0024.95.054793-5.

Alega que durante a vigência do casamento adquiriram os lotes 09 e 11 da quadra 19, Bairro Vila Adélia, matrículas 12.227 e 50.857, do 6º Ofício de Registro de Imóveis desta Capital (fls. 74/78) e que no acordo judicial de divórcio ficou estabelecido que tais imóveis seriam doados aos filhos do casal, com reserva de usufruto vitalício em favor do varão, asseverando que tal doação nunca ocorreu, ficando a titularidade do bem com a apelante e o segundo recorrido.

Informa que em 2008 M. A. T. celebrou negócio jurídico com o Município de Belo Horizonte, totalizando o valor do negócio R\$ 1.059.656,45, sendo tal valor recebido unicamente pelo ex-marido e sua atual esposa, T. C. T., aduzindo que cabia à apelante 50% do valor recebido por ser coproprietária do bem à época da desapropriação.

Aduz que não há impossibilidade jurídica do pedido, porquanto o ordenamento jurídico não obsta o recebimento do valor que equivocadamente o Município pagou a quem não era titular do imóvel; e que não há a suposta ilegitimidade e nem litispendência, tendo em vista que o feito nº 0024.13.244015-7 foi extinto sem resolução do mérito com base no argumento de que o pedido de restituição pela partilha do produto da desapropriação ocorrida seria incabível por rediscutir partilha de bem já partilhado e ainda apresentando fundamentos que atingem procedimentos que extrapolam a competência do Juízo de Família.

Ressalta que a teoria da causa madura viabiliza, desde já, o julgamento do mérito da ação, aduzindo que inexistem questões de fato a serem discutidas nos autos, limitando-se a controvérsia ao reconhecimento da meação da apelante em relação ao valor auferido pela alienação do bem.

Requer o provimento do recurso, para reforma da sentença, julgando-se procedentes os pedidos iniciais (art. 515, § 3º, do CPC/1973).

Ausente o preparo por litigar sob o pálio da justiça gratuita.

Contrarrazões pelo Município de Belo Horizonte às fls. 417/421 e por M. A. T. e T. C. T. às fls. 422/428.

“Em regime de discussão, pediu vista a Des^a Heloisa Combat (Relatora).” Proferiu sustentação oral o Dr. Pedro Alexandre Moreira pela apelante na sessão de julgamento de 16.06.2016.

Passo a decidir.

Conheço do recurso presentes os pressupostos objetivos e subjetivos.

Extrai-se dos autos que I. A. G. T. (apelante) e M. A. T. (segundo requerido) foram casados pelo regime de comunhão parcial de bens, de 07.02.1985 a 21.06.1996, quando se divorciaram judicialmente (f. 03).

Quando do divórcio do casal, houve a promessa de doação dos lotes de nºs 09 (nove) e 11 (onze), da quadra 19 (dezenove) da Vila Adélia, em Belo Horizonte, para os filhos G. G. T., nascido em 14.01.1989 e F. G. T., nascido em 05.05.1986, reservado o usufruto a favor do cônjuge varão (fls. 83 e 86/87).

Da matrícula nº 12227 do lote nº 09 (nove), da quadra 19 (dezenove), da Vila Adélia, em BH consta averbada a aquisição do terreno por M. A. T. em 23.11.1992 (fls. 20/21). Da mesma forma, na matrícula nº 50857, referente ao lote nº 11 (onze), consta como adquirente M. A. T. (fl. 22). Sendo que em nenhuma das matrículas consta qualquer menção ao divórcio de M. e I.

À fl. 68 consta a informação de os expropriados M. A. T. (segundo recorrido) e T. C. T. (terceira recorrida) foram desapropriados do imóvel composto pelo lote de nº 09, da quadra 19 da Vila Adélia, no dia 01.10.2008, dando quitação ao Município de Belo Horizonte (expropriante) da indenização de R\$ 406.557,08. Sendo que, da desapropriação do lote nº 11, as mesmas partes deram por quitado o valor de R\$ 650.099,37 (fl. 103).

Em apertada síntese, o digno Magistrado de origem entendeu que “pretensão da autora com o Município de Belo Horizonte se dá devido à desapropriação dos dois lotes no ano de 2008, com o pagamento da justa e prévia indenização, conforme constou de contratos firmados pelo ente federado e o ora segundo réu”. Concluiu que, “como os referidos pagamentos foram feitos a quem a legislação específica – Decreto-Lei nº 3.365/1941 – indica, ou seja, àquele que consta do Registro de Imóveis como proprietário do imóvel declarado de utilidade pública, surge o Município de Belo Horizonte como parte ilegítima para a causa. Se já pagou a quem de direito, qual a justificativa para pagar de novo?”.

Data venia ao entendimento do culto Magistrado, não se pode perder de vista a aplicação da máxima “quem para mal paga duas vezes”, consagrada no ordenamento jurídico e com guarida no Código Civil (*vide* REsp 596/RS, Rel. Min. Athos Carneiro).

Não obstante, no caso específico dos autos, em que pese o Sentenciante ter considerado o ente Municipal como parte passiva ilegítima, entendo que a ilegitimidade da própria autora é antecedente a qualquer discussão a ser travada nos autos.

Isto é, a autora e 1º requerido (M. A. T.) foram casados, sob o regime da comunhão parcial de bens, de 07 de fevereiro de 1985 até o divórcio em 21 de junho de 1996. Na constância do casamento, foram adquiridos os lotes 09 e 11, quadra 19, bairro Vila Adélia.

No acordo judicial de divórcio, de 11 de junho de 1996, ficou estabelecido o seguinte:

3.1 Ao cônjuge-varão caberão os seguintes:

3.1.1 lotes nºs 09 (nove) e 11 (onze) da quadra 19 (dezenove) da Vila Adélia, nessa Capital, comprometendo-se os Requerentes a transferir oportunamente a nua-propriedade aos filhos comuns do casal, quando será reservado o usufruto a favor do Cônjuge-varão. (fl. 83)

Em que pese o acordo judicial prevendo a doação do imóvel, tal promessa nunca foi concretizada, tendo o imóvel permanecido apenas em nome do 1º requerido, conforme certidão cartorária de fls. 20.

No ano de 2008, os lotes que seriam objetos da doação foram desapropriados extrajudicialmente pelo Município de Belo Horizonte, conforme se verifica às fls. 98/104 e 106/109.

Por sua vez, o 1º requerido argumenta que em acordo posterior, com a presença dos filhos e da própria autora, acordaram a substituição dos lotes em 2004, ou seja, apesar dos lotes não terem sido transmitidos aos filhos, outro imóvel, de preço superior, foi dado em doação, como forma de compensação à promessa de doação realizada nos autos da ação de divórcio.

Pois bem.

Antes do ajuizamento da presente demanda, a autora, ora apelante, já havia ajuizado a ação nº 2440157-50.2013.8.13.0024, que tramitou na 7ª Vara de Família da Comarca de Belo Horizonte. Naqueles autos, a autora, em suma, trazia argumentos semelhantes ao da presente demanda, pretendendo ser ressarcida pelo descumprimento do acordo judicial celebrado com o seu ex-esposo, no tocante à não efetivação da promessa de doação.

No julgamento da ação nº 2440157-50.2013.8.13.0024, de relatoria desta Magistrada, a Turma Julgadora, à unanimidade, estendeu por confirmar a

r. sentença de origem que havia extinguido o processo sem resolução de mérito. Constou do voto condutor:

“Como bem pontuado pela digna sentenciante a partilha dos bens do casal constitui ato jurídico perfeito e acabado e o bem perseguido não foi sonegado, pelo que não caberia sobrepartilha. Nesse contexto, a partilha de bens é manifestamente inadequada enquanto fundamento e procedimento para o fim buscado pela autora, de receber 50% da indenização paga ao requerido em decorrência de desapropriação dos imóveis.

Sobre o aspecto da efetivação dos termos do acordo, em que ficou estabelecida a doação dos imóveis para os filhos do casal, a pretensão da autora encontra vedação no art. 6º do Código de Processo Civil de 1973, sendo parte ilegítima para buscar em nome próprio direitos conferidos aos seus descendentes. Portanto, o fundamento jurídico suscitado em relação à suposta sub-rogação de bens somente poderia ser reivindicado pelos titulares do direito, no caso, os filhos da autora que atualmente (desde janeiro de 2007) são maiores e capazes.

A lógica adotada pela autora, que parte da premissa de que os lotes em questão continuam sendo patrimônio comum, importaria em verdadeiro desfazimento ou invalidação da partilha realizada por acordo homologado em Juízo, em que se atribuiu ao varão a propriedade do bem. A via própria para atingir esse objetivo é a ação anulatória, como previsto no art. 486 do Código processual recentemente revogado, e não o procedimento de partilha.”

(Apelação Cível nº 1.0024.13.244015-7/001)

Não se desconhece precedentes do colendo Tribunal da Cidadania no sentido de que “a promessa de doação feita aos filhos por seus genitores como condição para a obtenção de acordo quanto à partilha de bens havida com a separação ou divórcio não é ato de mera liberalidade e, por isso, pode ser exigida, inclusive pelos filhos, beneficiários desse ato” (REsp 742.048/RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª T., J. 14.04.2009, DJe 24.04.2009).

Contudo, no caso em análise, os lotes em litígio, objetos de promessa de doação, conforme partilha, couberam ao varão, ora 1º apelado.

Portanto, não se trata de bens que couberam à autora, mas ao varão, que se comprometeu em realizar a doação para os filhos.

Sendo assim, no caso específico, a autora carece de legitimidade ativa para requerer o cumprimento da promessa de doação, o que pode ser, eventualmente, buscado pelos filhos do casal, promissários donatários dos lotes.

Conforme consignei nos autos da Apelação Cível nº 1.0024.13.244015-7/001, a presente demanda não se trata de ação anulatória do acordo judicial, já que não se alega fraude, dolo, erro ou coação na partilha realizada. O que a autora busca é a indenização por bens (dois lotes) que não são mais de sua propriedade, conforme acordo judicial homologado, sendo que o descumpri-

mento da promessa de doação não atingiu sua esfera patrimonial, devendo ser reconhecida sua ilegitimidade ativa.

Destarte, não procede a pretensão autoral de indenização da metade do valor percebido por M. A. T. e T. C. T., pois, ainda que os lotes tenham sido adquiridos na constância do casamento, permaneceram na propriedade do réu e houve promessa de doação expressa para os filhos G. G. T. e F. G. T. (fls. 83 e 86/87), os quais, sendo maiores e capazes, são os únicos legitimados para requerer eventual contraprestação do pai.

Ademais, patente que, no caso, há coincidência entre os litigantes (à exceção do Município de Belo Horizonte), da causa de pedir e do pedido em relação à Ação nº 2440157-50.2013.8.13.0024, que inclusive já foi julgada neste eg. TJMG, em feito de relatoria desta Magistrada. Portanto, ao menos quanto à relação processual estabelecida entre a autora e M. A. T. e T. C. T. impõe-se o reconhecimento da litispendência, com extinção do feito, sem resolução de mérito (art. 267, V, CPC/1973).

Pelo exposto, *nego provimento ao recurso*, reconhecendo a ilegitimidade da parte autora, pelos fundamentos acima expostos.

Custas *ex lege*, observada a justiça gratuita deferida.

Des. Renato Dresch – De acordo com o(a) Relator(a).

Des. Dárcio Lopardi Mendes – De acordo com o(a) Relator(a).

Súmula: “Negaram provimento ao recurso.”

7759

Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

Agravo de Instrumento nº 1534422-2 da 3ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba

Agravante: L. C. M. A.

Agravado: S. L. C. M. e outros

Relator: Rafael Vieira de Vasconcellos Pedroso, Juiz de Direito Substituto em 2º Grau em Substituição à Desª Vilma Régia Ramos de Rezende

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS EM FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – BLOQUEIO DE CONTA CORRENTE DE UM DOS HERDEIROS DO RÉU – IMPOSSIBILIDADE – NÃO COMPROVAÇÃO DE QUE O VALOR BLOQUEADO FAÇA PARTE DO QUINHÃO HEREDITÁRIO – RESPONSABILIDADE DOS EXECUTADOS QUE SE LIMITA À HERANÇA RECEBIDA – IMPOSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO DE FRAUDE EM INVENTÁRIO NO ÂMBITO DO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – FRAUDE À EXECUÇÃO RECHAÇADA EM DECISÃO DIVERSA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 1534422-2, da 3ª Vara Cível do foro central da Comarca da região metropolitana de Curitiba em que é agravante L. C. M. A. e agravado S. L. C. M. e outros.

Relatório.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por L. C. M. A. em face da decisão de fls. 50/51-TJ (mov. 176.1) proferida pela MMª Juíza da 3ª Vara Cível da Comarca de Curitiba que, nos autos de cumprimento de Sentença nº 0001939-89.2003.8.16.0001, vencido o prazo para eventual recurso, autorizou os executados a procederem o levantamento dos valores bloqueados por entender que tais valores não podem responder pela dívida, uma vez que a responsabilidade dos executados é limitada à herança eventualmente recebida por eles.

Os embargos de declaração (mov. 188) foram rejeitados pela decisão mov. 216.

Em suas razões o agravante sustenta que se não é possível se estabelecer o montante do quinhão hereditário de cada herdeiro, também não é possível pressupor que os valores bloqueados alcancem ou ultrapassem o limite da dívida ou da herança percebida pelos herdeiros.

Alega que os valores bloqueados da devedora R. M. C. são insuficientes ao pagamento da dívida e que por isso não podem ser devolvidos.

Ressalta que o dinheiro em espécie prefere a qualquer outro ativo financeiro como imóveis ou automóveis e que o devedor não pode burlar a gradação legal prevista no art. 655 do CPC.

Aduz que os agravados realizaram inventário fraudulento do único bem localizado em nome do *de cuius*, que o valor foi reduzido propositalmente para fraudar a execução e o bem foi alienado para dificultar ainda mais o cumprimento de sentença.

Requer a concessão do efeito suspensivo ativo em virtude do tempo decorrido da propositura da ação e pela possibilidade de os réus continuarem a fraudar o cumprimento de sentença. Pugna que os valores bloqueados nas contas bancárias da executada R. M. C. sejam liberados em seu favor (fls. 04/12-TJ).

A liminar recursal foi indeferida pela decisão de fls. 66/68.

O MM. Juiz de Direito de primeiro grau informou que manteve sua decisão (mov. 246.1).

Em contrarrazões os agravados postularam pela rejeição do recurso (fls. 73/113).

É o relatório.

Voto e sua fundamentação.

O agravante L. C. M. A. moveu ação de reparação de danos nº 046/04 em face de S. L. C. M., R. M. C., J. A. C. M. e S. M. M. Z., alegando que em 1979 adquiriu três lotes de terreno através de procuração falsa de titularidade do pai dos agravados, Sr. E. M.

Através da sentença proferida às fls. 372/378 do mov. 1.11, a ação de reparação de danos foi julgada procedente para o fim de condenar os réus, S. L. C. M., R. M. C., J. A. C. M. e S. M. M. Z., ao pagamento de determinada quantia em favor de L. C. M. A., respeitado o quinhão que coube a cada qual na herança deixada por E. M. A sentença foi confirmada pelo acórdão proferido na apelação nº 181.028-8, cuja ementa se transcreve:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS – AUTOR QUE COMPROU UM TERRENO – ESCRITURA PÚBLICA QUE, POSTERIORMENTE, FOI DECLARADA NULA – FALSIDADE DA PROCURAÇÃO POR INSTRUMENTO PÚBLICO – CULPA DO OFICIAL DO REGISTRO – SENTENÇA QUE DECLAROU O DIREITO DE REGRESSO DO PREJUDICADO – ALEGAÇÃO DOS RÉUS DE QUE TERIA OCORRIDO A PRESCRIÇÃO, UMA VEZ QUE O PRAZO TERIA SE INICIADO QUANDO O AUTOR TOMOU CONHECIMENTO DA FALSIDADE DA PROCURAÇÃO – INOCORRÊNCIA – PRAZO PRESCRICIONAL QUE TEM INÍCIO COM O SURGIMENTO DA PRETENSÃO – *ACTIO NATA* – PRAZO VINTENÁRIO OBSERVADO POR OCASIÃO DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO – AFIRMAÇÃO DE NECESSIDADE DE DENUNCIAÇÃO À LIDE – IMPOSSIBILIDADE – GENITOR DOS RÉUS FALECIDO – HERDEIROS NA CONDIÇÃO DE RESPONSÁVEIS PELA DÍVIDA DO *DE CUIJUS* – RECURSO DESPROVIDO. (TJPR, 8ª C.Cív., AC 181028-8, Curitiba, Rel. Celso Rotoli de Macedo, J. 06.10.2005)

Referida ação encontra-se em fase de cumprimento de sentença e foram realizados bloqueios na conta bancária nº 0406.001.00015034-2, no valor de R\$ 2,24; na conta nº 0406.032.000150034-2, nos valores de R\$ 512,28 e de R\$ 42.444,15 e na conta nº 0406.013.00107196-2 no valor de R\$ 190,32, todas da agravada R. M. C. (fl. 48-TJ).

Sobreveio, então, a decisão agravada.

A decisão agravada que reconheceu que os valores não podem responder pela dívida ora executada, uma vez que não se verifica que façam parte do quinhão hereditário dos executados, deve ser mantida.

Da Escritura Pública de Inventário e Partilha (mov. 1.21, fls. 746/749) verifica-se que o único bem a partilhar deixado pelo Sr. E. M. e pela sua mulher foi a fração ideal de 235,30 m² de terreno urbano, situado em Rio Negro/PR, matrícula nº 3295, do Livro 2, do CRI da Comarca de Rio Negro, que foi avaliado em R\$ 8.000,00, em 19.11.2007 pela Receita Estadual do Estado do Paraná para fins de recolhimento do ITCMD (imposto *causa mortis*, fls. 750/752).

Pelo valor do imóvel o quinhão de cada herdeiro era de R\$ 2.000,00, mas na partilha S. M. M. Z. e R. M. C. receberam uma cota parte equivalente a R\$ 1.000,00 e os outros dois filhos a cota parte equivalente a R\$ 2.000,00, ficando o restante para os netos dos falecidos (mov. 1.21, fl. 747 e 748).

A alegação de fraude por parte dos agravados no procedimento de inventário não pode ser debatida em sede de cumprimento de sentença, pois não se confunde com fraude à execução (art. 593, CPC/1973), e deveria ser objeto de ação própria.

O fato de a Fazenda Pública ter aceito o valor declarado do imóvel para fins de ITCMD retira a verossimilhança quanto à alegada fraude.

A alegação de fraude à execução na alienação do imóvel situado em Rio Negro foi afastada pela decisão de mov. 88.1, visto que os executados realizaram o depósito em juízo (fls. 765/766) dos valores recebidos pela cota parte de cada um na herança relativamente ao imóvel constante da matrícula nº 3295, acima descrito, conforme certidão de mov. 71.

Contra esta decisão houve a interposição de recurso de agravo de instrumento (mov. 135.1) ao qual foi negado provimento (mov. 208.1), nos seguintes termos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – RESPONSABILIDADE CIVIL – FRAUDE À EXECUÇÃO – ALEGAÇÃO RECHAÇADA – INSOLVÊNCIA NÃO VERIFICADA – “Art. 593. Considera-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens: I – quando sobre eles pender ação fundada em direito real; II – quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência; III – nos demais casos expressos em lei”. MULTA POR ATO ATENTATÓRIO À DIGNIDADE DA JUSTIÇA – MATÉRIA QUE NÃO FOI SUBMETIDA À APRECIACÃO DO JUÍZO A QUO – INSURGÊNCIA NÃO CO-

NHECIDA. Recurso parcialmente conhecido e, na parte conhecida, desprovido. (TJPR, 9ª C.Cív., AI 1446503-1, Curitiba, Relª Vilma Régia Ramos de Rezende, unânime, J. 17.12.2015)

Com relação ao imóvel constante da matrícula nº 20492 do Registro de Imóveis de Joinville/SC, atualmente pertencente à circunscrição de Itapoá/SC, já foi determinada a averbação da penhora sem qualquer oposição por parte dos herdeiros ora agravados (mov. 88.1).

Assim, a mera alegação acerca de inexistência de bens suficientes ao pagamento do débito executado arguida na execução deve observar o disposto no art. 1.792, do Código Civil, que estabelece que o herdeiro não responde por encargos superiores às forças da herança.

Ou seja, somente o valor correspondente aos bens deixados aos herdeiros responde pela dívida do *de cujos*, entendimento previsto no art. 1997, *caput*, do Código Civil:

Art. 1.997. A herança responde pelo pagamento das dívidas do falecido; mas, feita a partilha, só respondem os herdeiros, cada qual em proporção da parte que na herança lhe coube.

Como constou da decisão agravada:

o falecimento do genitor dos executados se deu no ano de 1991, não sendo possível que os valores depositados na conta corrente da executada R. M. C. em 2007 digam respeito à herança eventualmente percebida por ela.

Ausente qualquer comprovação de que os valores depositados na conta corrente da agravada R. M. C. digam respeito à herança por ela recebido, a decisão que determinou o desbloqueio e levantamento dos valores deve ser mantida.

Conclusão.

Pelo exposto, voto no sentido de conhecer e negar provimento ao agravo de instrumento.

Dispositivo.

Acordam os Desembargadores (Juizes de Direito Substitutos em 2º Grau) integrantes da 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.

Participaram da sessão de julgamento os Senhores Desembargadores Vilma Régia Ramos de Rezende (Presidente, sem voto), Des. Francisco Luiz Macedo Junior e Des. Domingos José Perfetto.

Curitiba, 14 de julho de 2016.

Rafael Vieira de Vasconcellos Pedroso
Juiz de Direito Substituto em 2º Grau
Relator

7760

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

14ª Câmara Cível

Apelação Cível nº 0008971-38.2012.8.19.0037

Apelante: A. H. de M. R.

Apelado: Fundo Único de Previdência Social do Estado do Rio de Janeiro – Rio Previdência

Relator: Desembargador José Carlos Paes

APELAÇÃO CÍVEL – LEGATÁRIO DE PENSÃO POR MORTE – INSTITUIDOR DA PENSÃO FALECIDO EM 1996 – BENEFÍCIO DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – DECADÊNCIA – INAPLICABILIDADE EM SITUAÇÕES INCONSTITUCIONAIS – CANCELAMENTO DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO MEDIANTE AUTOTUTELA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – NECESSIDADE DO DEVIDO PROCESSO ADMINISTRATIVO – GARANTIAS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO NÃO OBSERVADAS – ATO ADMINISTRATIVO EIVADO DE NULIDADE – RESTABELECIMENTO DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO – REFORMA DA SENTENÇA

1. A hipótese tratada nos autos não está sujeita à decadência administrativa prevista no art. 54 da Lei nº 9.784/1999. E isso, porque os Tribunais Superiores firmaram entendimento quanto à impossibilidade de se consolidarem no tempo as situações inconstitucionais. Precedentes do STF e do STJ.

2. É cediço que a questão da pensão a legatário já restou pacificada, diante da declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, do art. 286 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro (ADI 240) e da Lei Estadual nº 1.951 de 26 de janeiro de 1992 (ADI 762).

3. A declaração de nulidade do ato administrativo que concede o benefício previdenciário deve ser precedida de regular processo administrativo, observados os princípios do contraditório e da ampla defesa, conforme assente na jurisprudência dos Tribunais Superiores. Precedentes do STF e do STJ.

6. Na espécie, tendo em vista a ocorrência de cerceamento de defesa em ato que resultou em revogação de benefício previdenciário da recorrente, a pensão deve ser restabelecida, com o conseqüente pagamento de atrasados a partir da data que o benefício foi suspenso, observada a prescrição quinquenal.

7. Muito embora a inicial seja cristalina quanto ao pedido de nulidade do ato administrativo de cancelamento da pensão, cabe destacar que o cerceamento de defesa em processo administrativo pode ser conhecido de ofício, por se tratar de matéria de ordem pública. Precedente do STJ.

8. Quanto aos consectários da impontualidade, o *quantum debeatur* deverá ser corrigido monetariamente a contar da data da suspensão da pensão previdenciária, pelo IPCA, e os juros de mora deverão incidir a partir da citação, no percentual estabelecido para a caderneta de poupança.
9. Autarquia previdenciária estadual isenta do pagamento das custas e da taxa judiciária, conforme art. 17, IX, da Lei nº 3.350/1999 e a Súmula nº 76 deste Tribunal de Justiça.
10. Quanto aos honorários advocatícios, restando vencida na contenda, a Fazenda Pública deve arcar com a verba honorária, que deve ser fixada na forma do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.
11. Honorários de sucumbência arbitrados em R\$ 300,00 (trezentos reais), levando-se em consideração a baixa complexidade da demanda e precedente deste Tribunal.
12. Apelo provido em parte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esta Apelação Cível nos autos do processo nº 0008971-38.2012.8.19.0037, em que é apelante A. H. de M. R. e apelado Fundo Único de Previdência Social do Estado do Rio de Janeiro – Rio Previdência.

Acordam os Desembargadores que integram a 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em conhecer o recurso e a ele dar parcial provimento para julgar procedente o pedido autoral, para: (a) restabelecer os efeitos da tutela antecipada de folhas 117-118 (000119); (b) anular o ato administrativo que suspendeu a pensão da demandante; (c) condenar o instituto demandado a restabelecer o benefício previdenciário; (d) condenar a autarquia a pagar as parcelas da pensão previdenciária atrasadas desde o cancelamento do benefício, observada a prescrição quinquenal, descontadas as eventualmente pagas por força de decisão liminar, corrigidas monetariamente pelo IPCA a partir da suspensão do benefício previdenciário e acrescidas de juros de mora a contar da citação, no percentual estabelecido para caderneta de poupança, conforme redação da Lei nº 11.960/2009 e, por força da sucumbência, condenar o demandado ao pagamento dos honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 300,00 (trezentos reais).

VOTO

Conhece-se o recurso, pois tempestivo e com gratuidade de justiça deferida às folhas 117-118 (000119), presentes os demais requisitos de admissibilidade.

O que pretende a autora é o restabelecimento da pensão que recebia como legatária da segurada M. H. C. D., falecida em 1996.

Inicialmente, quanto a ocorrência do fenômeno da decadência para a Administração invalidar seus próprios atos, é preciso que este Relator reveja o posicionamento adotado quando da antecipação dos efeitos da tutela.

E isso, porque o Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento quanto a impossibilidade de se consolidarem no tempo as situações inconstitucionais, como a hipótese dos autos, onde a norma que permitia a indicação de beneficiário ao recebimento de pensão por meio de testamento foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, colacionam-se os seguintes julgados:

MANDADO DE SEGURANÇA – ATIVIDADE NOTARIAL E DE REGISTRO – INGRESSO – CONCURSO PÚBLICO – EXIGÊNCIA – ART. 236, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – NORMA AUTO-APLICÁVEL – DECADÊNCIA PREVISTA NO ART. 54 DA LEI Nº 9.784/1999 – INAPLICABILIDADE A SITUAÇÕES INCONSTITUCIONAIS – PREVALÊNCIA DOS PRINCÍPIOS REPUBLICANOS DA IGUALDADE, DA MORALIDADE E DA IMPESSOALIDADE – SUBSTITUTO EFETIVADO COMO TITULAR DE SERVENTIA APÓS A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – IMPOSSIBILIDADE – ORDEM DENEGADA – 1. O art. 236, § 3º, da Constituição Federal é norma auto-aplicável. 2. Nos termos da Constituição Federal, sempre se fez necessária a submissão a concurso público para o devido provimento de serventias extrajudiciais eventualmente vagas ou para fins de remoção. 3. Rejeição da tese de que somente com a edição da Lei nº 8.935/1994 teria essa norma constitucional se tornado auto-aplicável. 4. Existência de jurisprudência antiga e pacífica do Supremo Tribunal Federal no sentido da indispensabilidade de concurso público nesses casos (Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 126/RO, rel. Min. Octavio Gallotti, Plenário, DJ 05.06.1992; 363/DF, 552/RJ e 690/GO, Rel. Min. Sydney Sanches, Plenário, DJ 03.05.1996 e 25.08.1995; 417/ES, Rel. Min. Maurício Corrêa, Plenário, DJ 05.05.1998; 3.978/SC, Rel. Min. Eros Grau, Plenário, DJe 29.10.2009). 5. Situações flagrantemente inconstitucionais como o provimento de serventia extrajudicial sem a devida submissão a concurso público não podem e não devem ser superadas pela simples incidência do que dispõe o art. 54 da Lei nº 9.784/1999, sob pena de subversão das determinações insertas na Constituição Federal. 6. Existência de jurisprudência consolidada da Suprema Corte no sentido de que não há direito adquirido à efetivação de substituto no cargo vago de titular de serventia, com base no art. 208 da Constituição pretérita, na redação atribuída pela Emenda Constitucional nº 22/1983, quando a vacância da serventia se der já na vigência da Constituição de 1988 (Recursos Extraordinários nºs 182.641/SP, Rel. Min. Octavio Gallotti, 1ª T., DJ 15.03.1996; 191.794/RS, Rel. Min. Maurício Corrêa, 2ª T., DJ 06.03.1998; 252.313-AgR/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, 1ª T., DJ 02.6.2006; 302.739-AgR/RS, Rel. Min. Nelson Jobim, 2ª T., DJ 26.04.2002; 335.286/SC, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 15.06.2004; 378.347/MG, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 29.04.2005; 383.408-AgR/MG, Relª Min. Ellen Gracie, 2ª T., DJ 19.12.2003; 413.082-AgR/SP, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJ 05.05.2006; e 566.314/GO, Relª Min. Cármen Lúcia, DJe 19.12.2007; Agravo de Instrumento

nº 654.228-AgR/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª T., DJe 18.04.2008). 7. Reafirmada a inexistência de direito adquirido de substituto que preencher os requisitos do art. 208 da Carta pretérita à investidura na titularidade de Cartório, quando a vaga tenha surgido após a promulgação da Constituição de 1988, pois esta, no seu art. 236, § 3º, exige expressamente a realização de concurso público de provas e títulos para o ingresso na atividade notarial e de registro. 8. Os princípios republicanos da igualdade, da moralidade e da impessoalidade devem nortear a ascensão às funções públicas. 9. Segurança denegada.¹

CONSTITUCIONAL – SERVENTIA EXTRAJUDICIAL – PROVIMENTO, MEDIANTE PERMUTA COM CARGO DE IGUAL NATUREZA, SEM CONCURSO PÚBLICO – ILEGITIMIDADE – ART. 236 E PARÁGRAFOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: NORMAS AUTOAPLICÁVEIS, COM EFEITOS IMEDIATOS, MESMO ANTES DA LEI Nº 9.835/1994 – INAPLICABILIDADE DO PRAZO DECADENCIAL DO ART. 54 DA LEI Nº 9.784/1999 – PRECEDENTES DO PLENÁRIO – 1. É firme a jurisprudência do STF (v.g.: MS 28.371, Min. Joaquim Barbosa, DJe de 27.02.2013) e MS 28.279, Min. Ellen Gracie, DJe de 29.04.2011), no sentido de que o art. 236, *caput*, e o seu § 3º da CF/1988 são normas autoaplicáveis, que incidiram imediatamente desde a sua vigência, produzindo efeitos, portanto, mesmo antes do advento da Lei nº 8.935/1994. Assim, a partir de 05.10.1988, o concurso público é pressuposto inafastável para a delegação de serventias extrajudiciais, inclusive em se tratando de remoção, observado, relativamente a essa última hipótese, o disposto no art. 16 da referida Lei, com a redação que lhe deu a Lei nº 10.506/2002. 2. É igualmente firme a jurisprudência do STF no sentido de que a atividade notarial e de registro, sujeita a regime jurídico de caráter privado, é essencialmente distinta da exercida por servidores públicos, cujos cargos não se confundem (ADI 4140, Min. Ellen Gracie, Plenário, DJe de 20.09.2011; ADI 2.891-MC, Min. Sepúlveda Pertence, Plenário, DJ de 27.06.2003; ADI 2602, Min. Joaquim Barbosa, Plenário, DJ de 31.03.2006; e ADI 865-MC, Min. Celso de Mello, Plenário, DJ de 08.04.1994). 3. O Plenário do STF, em reiterados julgamentos, assentou o entendimento de que o prazo decadencial de 5 (cinco) anos, de que trata o art. 54 da Lei nº 9.784/1999, não se aplica à revisão de atos de delegação de serventias extrajudiciais editados após a Constituição de 1988, sem o atendimento das exigências prescritas no seu art. 236. Nesse sentido: MS 28.279-DF, Min. Ellen Gracie, DJe 29.04.2011 (“Situações flagrantemente inconstitucionais como o provimento de serventia extrajudicial sem a devida submissão a concurso público não podem e não devem ser superadas pela simples incidência do que dispõe o art. 54 da Lei nº 9.784/1999, sob pena de subversão das determinações insertas na Constituição Federal”); MS 28.371-AgRg, Min. Joaquim Barbosa, DJ 27.02.13 (“a regra de decadência é inaplicável ao controle administrativo feito pelo Conselho Nacional de Justiça nos casos em que a delegação notarial ocorreu após a promulgação da Constituição de 1988, sem anterior aprovação em concurso público de provas”; e MS 28.273, Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 21.02.2013 (“o exame da investidura na titularidade de cartório sem concurso público não está sujeito ao prazo previsto no art. 54 da Lei nº 9.784/1999”). 4. É de ser mantida, portanto, a decisão da autoridade impetrada que considerou ilegítimo o provimento de serventia extrajudicial, sem concurso público, decorrente

1 BRASIL – STF, MS 28279/DF. Relator(a): Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, Julgamento: 16.12.2010.

de permuta com cargo de igual natureza, com ofensa ao art. 236, § 3º, da Constituição. A jurisprudência do Plenário desta Corte foi reafirmada recentemente no julgamento do MS 28.440 AgR, de minha relatoria, na Sessão do dia 19.06.2013. 5. Agravo regimental desprovido.²

Na mesma linha, assim já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO – PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL – SERVIDOR PÚBLICO DO PODER EXECUTIVO ESTADUAL – TRANSFERÊNCIA PARA O QUADRO DE PESSOAL DO PODER LEGISLATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA PELO *PARQUET* ESTADUAL OBJETIVANDO A ANULAÇÃO DESSE ATO – PRESCRIÇÃO – NÃO OCORRÊNCIA – RETORNO DOS AUTOS À INSTÂNCIA DE ORIGEM PARA PROSSEGUIMENTO DO FEITO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO

1. Trata-se, na origem, de ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte objetivando a anulação de ato administrativo que importou na “transferência” do servidor recorrido, sem concurso público, do Quadro de Pessoal do Poder Executivo para o do Poder Legislativo.

2. Hipótese em que a preliminar de prescrição acolhida pelo Tribunal de origem se confunde com o próprio mérito da demanda, uma vez que a eventual conclusão de que o ingresso do servidor recorrido no quadro de servidores da Assembleia Legislativa não foi procedido de aprovação em concurso público teria por consequência a conclusão de tal inconstitucionalidade não poderia ser sanada pelo decurso do tempo.

3. Com efeito, nos termos da Súmula nº 685/STF, “É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido”.

4. *Por sua vez, situações flagrantemente inconstitucionais como o provimento de cargo público efetivo sem a devida submissão a concurso público não podem e não devem ser superadas pelo eventual reconhecimento da prescrição ou decadência, sob pena de subversão das determinações insertas na Constituição Federal. Precedente: MS 28.279/DF, Relª Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJe 28.04.2010.*

5. “O princípio da publicidade impõe a transparência na atividade administrativa exatamente para que os administrados possam conferir se está sendo bem ou mal conduzida” (Celso Antônio Bandeira de Mello, in *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 85).

6. Consoante lição de Hely Lopes Meirelles (In *Direito Administrativo Brasileiro*, 30. ed., atual. por Eurico de Andrade Azevedo et al. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 94-5), “A publicação que produz efeitos jurídicos é a do órgão oficial da Administração, e não a divulgação pela imprensa particular, pela televisão ou pelo rádio, ainda que em horário oficial. Por órgão oficial entendem-se não só o Diário

Oficial das entidades públicas como, também, os jornais contratados para essas publicações oficiais”. Por conseguinte, “Os atos e contratos administrativos que omitirem ou desatenderem à publicidade necessária não só deixam de produzir seus regulares efeitos como se expõem a invalidação por falta desse requisito de eficácia e moralidade. E sem publicação não fluem os prazos para impugnação administrativa ou anulação judicial, quer o de decadência para impetração de mandado de segurança (120 dias da publicação), quer o de prescrição da ação cabível”.

7. Hipótese em que o “ato de transferência” do servidor recorrido não foi publicado no Diário Oficial do Estado do Rio Grande do Norte, mas tão somente no “Boletim Oficial da Assembleia Legislativa”; tal situação, somada ao fato de que referido ato não foi levado ao conhecimento da Corte de Contas Estadual, revela a existência de má-fé caracterizada por um sigilo não só ilegal mas também inconstitucional.

8. Recurso especial conhecido e provido para reformar o acórdão recorrido e, afastando-se a preliminar de prescrição do fundo de direito, determinar o retorno dos autos à Instância de origem para que prossiga no julgamento do feito.³

Nesse cenário, a hipótese tratada nos autos não está sujeita à decadência administrativa prevista no art. 54 da Lei nº 9.784/1999.

Ultrapassado este ponto, repise-se que a questão da pensão a legatário já foi pacificada, diante da declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, do art. 286 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 240, transitada em julgado em 25 de outubro de 2000.

Veja-se:

EMENTA: Por preferir a exigência de iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo para a elaboração de normas que disponham sobre servidores públicos e seu regime jurídico, de acordo com o art. 61, § 1º, II, c, da Constituição Federal; e, ainda, por ultrapassar a ordem de beneficiários inscrita no art. 201, V, da mesma Carta, é inconstitucional o art. 283 da Constituição Fluminense, ao facultar o legado da pensão por morte, a pessoas que não satisfaçam àquelas condições de dependência. Divergência de votos quanto à adoção de um ou outro fundamentos (o formal e o material), sendo unânime a conclusão pela procedência da ação.⁴

Pontue-se, ainda, que o Supremo Tribunal Federal também julgou inconstitucional a Lei Estadual nº 1.951/1992, nos seguintes termos:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI ESTADUAL Nº 1.951/RJ, DE 26.01.1992 – PENSÃO POR MORTE DE SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL

3 BRASIL – STJ, REsp 1293378/RN, Relator(a) Ministro Arnaldo Esteves Lima, 1ª T., Data do Julgamento 26.02.2013.

4 BRASIL – STF, ADI 240/RJ, Relator Ministro Octavio Gallotti, Tribunal Pleno, Julgamento: 26.09.1996.

– FALTA DE CÔNJUGE, COMPANHEIRO OU DEPENDENTE – BENEFICIÁRIO – TERCEIRO LEGATÁRIO EM TESTAMENTO OU INDICADO AO INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA ESTADUAL (IPERJ) – INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL – PRECEDENTE: ADIN 240, REL. MIN. OCTAVIO GALLOTTI – 1. Afronta ao art. 61, § 1º, II, c, por preterir a exigência de iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo para a elaboração de normas que disponham sobre servidores públicos e seu regime jurídico. 2. É inconstitucional a norma que permite a extensão da pensão por morte a pessoa não inserida no rol estabelecido ao art. 201, V da CF (cônjuge, companheiro ou dependente). 3. Ação direta de inconstitucionalidade que se julga procedente para declarar a inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 1.951, de 26.01.1992.⁵

Assim, tendo em vista que o benefício previdenciário perseguido na inicial não foi recepcionado pelo art. 201, inciso V, da Constituição da República de 1988, bem como pelo fato de ter sido concedido em 1996 quando o Supremo Tribunal Federal já havia declarado a inconstitucionalidade das normas permitiam a indicação de beneficiário ao recebimento de pensão por meio de testamento, forçoso concluir que sequer subsiste o direito da recorrente a percepção do legado deixado por sua avó⁶.

Entretanto, não obstante o pensionamento ser indevido, impõe registrar que a declaração de nulidade do ato deve ser precedida de regular processo administrativo, observado os princípios do contraditório e da ampla defesa, conforme assente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Veja-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO – ADMINISTRATIVO – *PENSÃO POR MORTE – FILHA SOLTEIRA – CANCELAMENTO – NECESSIDADE DA OBSERVÂNCIA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO* – RE 594.296-RG – AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.⁷

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO – ADMINISTRATIVO – *CANCELAMENTO DE PAGAMENTO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA – NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA – PRECEDENTES* – AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.⁸

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – *DIREITO ADMINISTRATIVO – EXERCÍCIO DO PODER DE AUTOTUTELA ESTATAL – REVISÃO DE CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO E DE QUINQUÊNIOS DE SERVIDORA PÚBLICA – REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA* – 1. *Ao Estado é facultada a revogação de atos que repute ilegalmente praticados; porém, se de tais atos já decorreram efeitos*

5 BRASIL – STF, ADI 762/RJ, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, Julgamento: 01.04.2004.

6 V – pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

7 BRASIL – STF, ARE 681970-Agr/PI, Relator(a): Min. Luiz Fux, 1ª T., Julgamento: 01.12.2015.

8 BRASIL – STF, ARE 815094-Agr/PE, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, 2ª T., Julgamento: 25.06.2014.

concretos, seu desfazimento deve ser precedido de regular processo administrativo. 2. Ordem de revisão de contagem de tempo de serviço, de cancelamento de quinquênios e de devolução de valores tidos por indevidamente recebidos apenas pode ser imposta ao servidor depois de submetida a questão ao devido processo administrativo, em que se mostra de obrigatória observância o respeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa. 3. Recurso extraordinário a que se nega provimento.⁹

EMENTAS: 1. LEGITIMIDADE – Passiva. Mandado de segurança. Autoridade tida por coatora. *Pensão previdenciária. Cancelamento.* Ato determinado em acórdão do Tribunal de Contas da União. Legitimação passiva exclusiva deste. Execução por parte do Gerente Regional de Administração do Ministério da Fazenda. Irrelevância. Autoridade tida por coatora, para efeito de mandado de segurança, é a pessoa que, *in statu assertionis*, ordena a prática do ato, não o subordinado que, em obediência, se limita a executar-lhe a ordem. 2. MANDADO DE SEGURANÇA – *Pensão previdenciária. Cancelamento.* Ato determinado em acórdão do Tribunal de Contas da União. Conhecimento pelo interessado que não participou do processo. Data da ciência real, não da publicação oficial. Ação ajuizada dentro do prazo. Decadência não consumada. Preliminar repelida. Precedentes. No processo administrativo do Tribunal de Contas da União, em que a pessoa prejudicada pela decisão não foi convidada a defender-se, conta-se o prazo para ajuizamento de mandado de segurança a partir da ciência real do ato decisório, não de sua publicação no órgão oficial. 3. SERVIDOR PÚBLICO – Vencimentos. *Pensão previdenciária. Pagamentos reiterados à companheira. Situação jurídica aparente e consolidada. Cancelamento pelo Tribunal de Contas da União, sem audiência prévia da pensionista interessada. Procedimento administrativo nulo. Decisão ineficaz. Inobservância do contraditório e da ampla defesa. Violação de direito líquido e certo. Mandado de segurança concedido. Ofensa ao art. 5º, LIV e LV, da CF. Precedentes. É nula a decisão do Tribunal de Contas da União que, sem audiência prévia da pensionista interessada, a quem não assegurou o exercício pleno dos poderes do contraditório e da ampla defesa, lhe cancelou pensão previdenciária que há muitos anos vinha sendo paga.¹⁰*

EMENTA RECURSO EXTRAORDINÁRIO – DIREITO ADMINISTRATIVO – EXERCÍCIO DO PODER DE AUTOTUTELA ESTATAL – REVISÃO DE CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO E DE QUINQUÊNIOS DE SERVIDORA PÚBLICA – REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA – 1. *Ao Estado é facultada a revogação de atos que repare ilegalmente praticados; porém, se de tais atos já decorreram efeitos concretos, seu desfazimento deve ser precedido de regular processo administrativo. 2. Ordem de revisão de contagem de tempo de serviço, de cancelamento de quinquênios e de devolução de valores tidos por indevidamente recebidos apenas pode ser imposta ao servidor depois de submetida a questão ao devido processo administrativo, em que se mostra de obrigatória observância o respeito*

9 BRASIL – STF, RE 594296/MG, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, Julgamento: 21.09.2011.

10 BRASIL – STF, MS 24927/RO, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, Julgamento: 28.09.2005, Data da Publicação: 25.08.2006.

ao princípio do contraditório e da ampla defesa. 3. Recurso extraordinário a que se nega provimento.¹¹

Seguindo a mesma linha, confira-se o aresto do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – AGRAVO REGIMENTAL – PENSÃO DE SERVIDOR PÚBLICO – ILEGALIDADE – AUTOTUTELA – SUPRESSÃO DOS PROVENTOS – DEVIDO PROCESSO LEGAL – AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO – OBRIGATORIEDADE – PRECEDENTES DO STJ

1. Esta Corte Superior, de fato, perfilha entendimento no sentido de que a Administração, à luz do princípio da autotutela, tem o poder de rever e anular seus próprios atos, quando detectada a sua ilegalidade.

2. Todavia, quando os referidos atos implicarem invasão da esfera jurídica dos interesses individuais de seus administrados, é obrigatória a instauração de prévio processo administrativo, no qual seja observado o devido processo legal e os corolários da ampla defesa e do contraditório.

3. Agravo regimental não provido.¹²

Nessa toada, tendo em vista a ocorrência de cerceamento de defesa em ato que resultou em revogação de benefício previdenciário da recorrente, a sentença será reformada para determinar o restabelecimento da pensão previdenciária, com o conseqüente pagamento das prestações atrasadas a partir da data que foi suspenso o benefício.

Outrossim, importante frisar que, ao revés do que alega o instituto réu em contrarrazões de apelo, não houve inovação do pedido inicial quanto a falta de ampla defesa e contraditório em fase administrativa.

A inicial é cristalina em pedir a nulidade do ato administrativo de cancelamento da pensão, ao argumento de que foi realizado de forma unilateral (parágrafo 5º de folhas 3 – 000002).

Não obstante, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que o cerceamento de defesa em processo de cancelamento de benefício previdenciário pode ser conhecido de ofício, por se tratar de matéria de ordem pública.

Confira-se:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – POLICIAL MILITAR DO ESTADO DO PARANÁ INATIVO – PAD – INFRAÇÕES COMETIDAS NA ATIVIDADE – CONVERSÃO DA PENA DE EXCLUSÃO A BEM DA DISCIPLINA – POSSIBILIDADE – CANCELAMENTO DA INSCRIÇÃO DE SEGURADO – LEGISLAÇÃO ESTADUAL AUTORI-

11 BRASIL – STF, RE 594296/MG, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, Julgamento: 21.09.2011, Data da Publicação: 13.02.2012.

12 BRASIL – STJ, AgRg-REsp 1253044/RS, Relator(a) Ministro Mauro Campbell Marques, 2ª T., Data do Julgamento: 20.03.2012.

ZADORA – AUSÊNCIA DE CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA DO ATO DE CESSAÇÃO DE SEUS PROVENTOS – RECONHECIMENTO DE OFÍCIO – MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA

1. Insurge-se o recorrente contra a exclusão da folha de pagamento de inativos do Estado, com o conseqüente cancelamento do registro de sua reserva remunerada pelo Tribunal de Contas Estadual, bem como contra a ocorrência de cerceamento de defesa em razão de não ter sido notificado da cessação de seus proventos.

2. A jurisprudência desta Corte entende que se as faltas praticadas por servidor da ativa, posteriormente aposentado, forem devidamente apuradas em regular processo administrativo, não há óbice legal na conversão da pena de exclusão em cassação de reserva remunerada.

3. A Lei Estadual nº 12.398/1998 (Cria o Sistema de Seguridade Funcional do Estado do Paraná), dispõe, em seu art. 40, parágrafo único, que o cancelamento da inscrição de segurado dar-se-á “pela perda de sua condição de servidor público estadual ativo, inativo, militar da ativa, da reserva remunerada ou reformado”. Assim, se a legislação estadual prevê a possibilidade de cancelamento da inscrição de segurado, não há direito líquido e certo a ser amparado quanto ao ponto, mormente porque, os atos que ensejaram o cancelamento da inscrição foram praticados pelo recorrente quando o mesmo se encontrava na ativa.

4. *Por outro lado, extrai-se dos autos que o ora recorrente não foi notificado para apresentar defesa contra a exclusão do quadro de Inativos, consubstanciado na edição da Resolução nº 2900/2007, nem mesmo por ocasião do cancelamento do registro da reserva remunerada pelo Tribunal de Contas Estadual, tornando-se evidente o cerceamento de defesa.*

5. *Cumpra registrar que apesar da alegação de cerceamento de defesa não ter sido trazida nas razões iniciais do mandamus, mas somente por ocasião do presente recurso, a mesma pode ser conhecida de ofício, visto tratar-se de matéria de ordem pública, como bem registrou o voto vencido. Nesse sentido: RMS 19240/RJ, Rel. Min. Paulo Medina, 6ª T., DJe 09.06.2008. Ademais, a jurisprudência desta Corte entende que nos processos perante o Tribunal de Contas, deve-se assegurar o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão, nos termos da Súmula Vinculante nº 3/STF.*

6. *Tendo em vista a ocorrência de cerceamento de defesa em ato que resultou em revogação de benefício, a segurança deve ser concedida parcialmente para anular o ato coator (Portaria nº 2900/2007) que excluiu o ora recorrente do quadro de Inativos da Polícia Militar do Paraná, tornando nulo, por consequência, o Acórdão nº 628/2008 do Tribunal de Contas do Estado do Paraná, a fim de que a Administração oportunize prazo para defesa.*

7. Recurso ordinário parcialmente provido.¹³

13 BRASIL – STJ, RMS 33494/PR, Relator(a) Ministro Benedito Gonçalves, 1ª T., Data do Julgamento: 17.05.2012.

Sendo assim, seja por ocasião da existência de pedido expresso sobre a ausência do devido processo legal administrativo, ou, por se tratar de matéria de ordem pública, constata-se de forma inequívoca a ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa quando da cassação da pensão previdenciária da autora.

Passa-se à análise dos consectários da impontualidade.

Quanto à incidência dos juros de mora, o Supremo Tribunal Federal possui jurisprudência firme no sentido de que o art. 1º-F, da Lei nº 9.494/1997, com alteração dada pela Medida Provisória nº 2.180-35/2001, tem aplicabilidade imediata, mesmo em relação às ações ajuizadas antes de sua entrada em vigor.

A propósito traz-se à baila o seguinte acórdão:

RECURSO – Agravo de instrumento convertido em extraordinário. Art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997. Aplicação. Ações *ajuizadas* antes de sua vigência. Repercussão geral reconhecida. Precedentes. Reafirmação da jurisprudência. Recurso provido. É compatível com a Constituição a aplicabilidade imediata do art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997, com as alterações pela medida Provisória nº 2180-35/2001, ainda que em relação às ações ajuizadas antes de sua entrada em vigor.¹⁴

Seguindo a mesma linha de raciocínio, o Superior Tribunal de Justiça, em sede de representativo de controvérsia, modificou entendimento anterior, firmando que os juros de mora são consectários legais da condenação principal e possuem natureza eminentemente processual, razão pela qual as alterações do art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997, introduzidas pela Medida Provisória nº 2.180-35/2001 e pela Lei nº 11.960/2009, têm aplicação imediata aos processos em curso, com base no princípio *tempus regit actum*¹⁵.

Nesse sentido os seguintes arestos:

ADMINISTRATIVO – PROCESSUAL CIVIL – JUROS DE MORA – NORMA DE NATUREZA PROCESSUAL – ORIENTAÇÃO CONSOLIDADA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – INCIDÊNCIA IMEDIATA SOBRE OS PROCESSOS ANDAMENTO – INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI FEDERAL Nº 11.960/2009 – IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA – PRETENSÃO DE PREQUESTIONAR DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS – IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESPECIAL – 1. O pedido consistente no exame da inconstitucionalidade da Lei nº 11.960/2009 é estranho à via do especial, porquanto fundado na incompatibilidade entre aquele normativo federal e dispositivos da Carta Magna. 2. *As normas que disciplinam os juros moratórios possuem natureza processual – instrumental – devendo incidir de imediato nos processos em andamento.* 3. *Tratando-se de condenação imposta à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a empregado público, os juros de mora incidirão da seguinte forma: (a) percentual de 1% ao mês, nos termos do art. 3º Decreto nº 2.322/1987, no período anterior à*

14 Repercussão Geral no Agravo de Instrumento nº 842.063, Rio Grande do Sul.

15 Recurso Especial nº 1.205.946/SP.

24.08.2001, data de publicação da Medida Provisória nº 2.180-35, que acresceu o art. 1º-F à Lei nº 9.494/1997; (b) percentual de 0,5% ao mês, a partir da MP 2.180-35/2001 até o advento da Lei nº 11.960, de 30.06.2009, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997; e (c) percentual estabelecido para caderneta de poupança, a partir da Lei nº 11.960/2009. 4. A esta Corte é vedada a análise de dispositivos constitucionais em sede de recurso especial, ainda que para fins de prequestionamento, sob pena de usurpação da competência da Suprema Corte. Precedentes. 5. Os vencimentos dos servidores públicos são créditos de natureza alimentar e, por esta razão, incidem juros moratórios no percentual de 1% ao mês nos débitos decorrentes de complementação de salários, aplicando-se à espécie o Decreto-Lei nº 2.322/1987.

6. Agravos regimentais desprovidos.¹⁶

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – ADMINISTRATIVO – SERVIDOR PÚBLICO. JUROS MORATÓRIOS CONTRA A FAZENDA PÚBLICA – MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.180-35 E LEI Nº 11.960/2009, QUE ALTERARAM O ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97 – APLICAÇÃO IMEDIATA – MATÉRIA JULGADA SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC – 1. A Corte Especial, por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 1.205.946/SP, pelo rito previsto no art. 543-C do Código de Processo Civil (Recursos Repetitivos), consignou que os juros de mora são consectários legais da condenação principal e possuem natureza eminentemente processual, razão pela qual as alterações do art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997, introduzidas pela Medida Provisória nº 2.180-35/2001 e pela Lei nº 11.960/2009, têm aplicação imediata aos processos em curso, com base no princípio *tempus regit actum*. (cf. Informativo de Jurisprudência nº 485). 2. Na mesma linha de compreensão, o Supremo Tribunal Federal, após reconhecer a repercussão geral da questão constitucional nos autos do AI 842.063/RS, consolidou entendimento no sentido de que a Lei nº 9.494/1997, alterada pela Medida Provisória nº 2.180-35/2001, abrange os processos pendentes de julgamento, ainda que ajuizados em data anterior a entrada em vigor da lei nova. 3. *Não merece censura o acórdão proferido pelo Tribunal a quo que seguiu o entendimento consolidado pela Corte Especial, em sede de representativo da controvérsia, no sentido da incidência de juros de mora no percentual de 12%, a partir da citação, e 6% ao ano somente a partir a entrada em vigor do art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997, com as alterações introduzidas pela Medida Provisória nº 2.180-35/2001. Após o advento da Lei nº 11.960/2009, os juros serão calculados nos mesmos moldes aplicados à caderneta de poupança, nos termos do art. 5º da referida lei.* 4. *Agravo regimental não provido.*¹⁷

Assim, deve-se observar o seguinte critério: a) percentual de 1% ao mês, nos termos do art. 3º do Decreto nº 2.322/1987, no período anterior à 24.08.2001, data de publicação da Medida Provisória nº 2.180-35, que acresceu o art. 1º-F à Lei nº 9.494/1997; b) percentual de 0,5% ao mês, a partir da

16 BRASIL – STJ, AgRg-AgRg-REsp 1098892/RS, Relª Min. Laurita Vaz, 5ª T., Julgamento: 22.11.2011, Data da Publicação: 02.12.2011.

17 BRASIL – STJ, AgRg-AgRg no Agravo de Instrumento nº 1.395.992/SP, (2011/0015769-0), Rel. Min. Mauro Campbell Marques.

MP 2.180-35/2001 até o advento da Lei nº 11.960, de 30.06.2009, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997; e, c) percentual estabelecido para caderneta de poupança, a partir da Lei nº 11.960/2009.

A propósito, confira-se o precedente do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – AGRAVO REGIMENTAL – PENSÃO – SERVIDOR PÚBLICO – JUROS DE MORA DEVIDOS PELA FAZENDA PÚBLICA – ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/1997, NA REDAÇÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.180-35/2001 E DA LEI Nº 11.960/2009 – APLICAÇÃO IMEDIATA AOS PROCESSOS EM CURSO – PRECEDENTES DO STJ – AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO – I – Falece ao recorrente interesse recursal, no tocante à fixação dos juros de mora em consonância com o disposto na Medida Provisória nº 2.180-35/2001 – que acresceu o art. 1º-F à Lei nº 9.494/1997 –, uma vez que o *decisum* ora recorrido já fixou os juros de mora em 6% (seis por cento) ao ano, de acordo com os referidos diplomas normativos. II – Em face do caráter processual dos consectários da condenação, a Medida Provisória nº 2.180-35/2001 e a Lei nº 11.960/2009 têm aplicação imediata aos processos em curso, razão pela qual merece ser reformado, em parte, o *decisum* recorrido, para determinar a aplicação imediata, *in casu*, não só da Medida Provisória nº 2.180-35/2001 – que acrescentou o art. 1º-F à Lei nº 9.494/1997 –, mas também da Lei nº 11.960/2009, que deu nova redação ao art. 1º-F da aludida Lei nº 9.494/1997. III – *Os juros moratórios, decorrentes de condenações proferidas contra a Fazenda Pública, deverão seguir os parâmetros definidos pela legislação então vigente, aplicando-se-lhes o percentual de 6% (seis por cento) ao ano, a partir de 24.08.2001 – data da publicação da Medida Provisória nº 2.180-35/2001, que acrescentou o art. 1º-F à Lei nº 9.494/1997 –, e, a contar de 30.09.2009, o critério estabelecido no art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997, com a redação dada pela Lei nº 11.960/2009, ou seja, os juros aplicados à caderneta de poupança (STJ, REsp 1205946/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Corte Especial, DJe de 02.02.2012).* IV – Agravo Regimental parcialmente conhecido e provido. Recurso Especial provido.¹⁸

Quanto ao termo *a quo* dos juros de mora, deve ser observado o teor art. 405 do Código Civil, segundo o qual devem incidir a partir da citação válida, no percentual estabelecido para caderneta de poupança, conforme redação da Lei nº 11.960/2009¹⁹.

Com relação à atualização monetária do valor devido, o assunto merece pequena digressão, diante da inconstitucionalidade *parcial* do art. 5º da Lei nº 11.960/2009.

O Superior Tribunal de Justiça, em recente julgamento do Recurso Especial nº 1.270.439-PR, sufragou a inconstitucionalidade parcial, declarada por arrastamento pelo Supremo Tribunal Federal, do referido dispositivo legal, que

18 BRASIL – STJ, AgRg-EDcl-Ag 1186740/SP, Relª Min. Assusete Magalhães, 6ª T., Data do Julgamento 05.03.2013.

19 Art. 405. Contam-se os juros de mora desde a citação inicial.

praticamente reproduzia a norma inconstitucional do § 12 do art. 100 da Constituição da República.

Em razão disso, o cômputo da correção monetária, anteriormente calculada, juntamente com os juros moratórios, com base na remuneração da caderneta de poupança, nos termos da redação do artigo 1º-F da Lei nº 9.494/1997 conferida pela Lei nº 11.960/2009, reclama alteração para que se adequem às normas vigentes e a mais recente jurisprudência das Cortes de Superposição.

Assim, a correção monetária deverá ser calculada com base no IPCA (Índice de Preços ao Consumidor Amplo) aferido pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) desde a data da suspensão do benefício previdenciário, incidindo os juros de mora nos termos do referido art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997.

Nesse sentido, colaciona-se o referido julgado do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA – ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ Nº 08/2008 – ADMINISTRATIVO – SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL – INCORPORAÇÃO DE QUINTOS – MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.225-45/2001 – PERÍODO DE 08.04.1998 A 05.09.2001 – MATÉRIA JÁ DECIDIDA NA SISTEMÁTICA DO ART. 543-C DO CPC – POSSIBILIDADE EM ABSTRATO – AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL NO CASO CONCRETO – RECONHECIMENTO ADMINISTRATIVO DO DIREITO – AÇÃO DE COBRANÇA EM QUE SE BUSCA APENAS O PAGAMENTO DAS PARCELAS DE RETROATIVOS AINDA NÃO PAGAS – 1. Esta Corte já decidiu, por meio de recurso especial representativo de controvérsia (art. 543-C do CPC e Resolução STJ nº 8/2008), que os servidores públicos que exerceram cargo em comissão ou função comissionada entre abril de 1998 e setembro de 2001 fazem jus à incorporação de quintos (REsp 1.261.020/CE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 1ª S., DJe 07.11.2012). 2. No caso concreto, todavia, a União é carecedora de interesse recursal no que toca à pretensão de rediscutir a legalidade da incorporação dos quintos, pois esse direito foi reconhecido pela própria Administração por meio de processo que tramitou no CJF, já tendo sido a parcela, inclusive, incorporada aos vencimentos do autor. PRESCRIÇÃO – RENÚNCIA – INTERRUPTÃO – REINÍCIO PELA METADE – ART. 9º DO DECRETO Nº 20.910/1932 – SUSPENSÃO DO PRAZO NO CURSO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO – ART. 4º DO DECRETO Nº 20.910/1932 – PRESCRIÇÃO NÃO VERIFICADA – 3. Nos termos do art. 1º do Decreto nº 20.910/1932, as “dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem”. 4. Pelo princípio da *actio nata*, o direito de ação surge com a efetiva lesão do direito tutelado, quando nasce a pretensão a ser deduzida em juízo, acaso resistida, nos exatos termos do art. 189 do Novo Código Civil. 5. O ato administrativo de reconhecimento do direito pelo devedor importa (a) interrupção do prazo prescricional, caso ainda esteja em curso (art. 202, VI, do CC de 2002); ou (b) sua renúncia, quando já se tenha consumado (art. 191 do CC de 2002). 6. Interrompido o prazo, a prescrição volta a correr pela metade (dois anos e meio) a contar da data do ato que a interrompeu ou do último ato ou termo do respectivo processo,

nos termos do que dispõe o art. 9º do Decreto nº 20.910/1932. Assim, tendo sido a prescrição interrompida no curso de um processo administrativo, o prazo prescricional não volta a fluir de imediato, mas apenas “do último ato ou termo do processo”, consoante dicção do art. 9º, *in fine*, do Decreto nº 20.910/1932. 7. O art. 4º do Decreto nº 20.910/1932, secundando a regra do art. 9º, fixa que a prescrição não corre durante o tempo necessário para a Administração apurar a dívida e individualizá-la a cada um dos beneficiados pelo direito. 8. O prazo prescricional suspenso somente volta a fluir, pela metade, quando a Administração pratica algum ato incompatível com o interesse de saldar a dívida, quando se torna inequívoca a sua mora. 9. No caso, o direito à incorporação dos quintos surgiu com a edição da MP 2.22545/2001. Portanto, em 04 de setembro de 2001, quando publicada a MP, teve início o prazo prescricional quinquenal do art. 1º do Decreto nº 20.910/1932. 10. A prescrição foi interrompida em 17 de dezembro de 2004 com a decisão do Ministro Presidente do CJF exarada nos autos do Processo Administrativo nº 2004.164940, reconhecendo o direito de incorporação dos quintos aos servidores da Justiça Federal. 11. Ocorre que este processo administrativo ainda não foi concluído. Assim, como ainda não encerrado o processo no bojo do qual foi interrompida a prescrição e tendo sido pagas duas parcelas de retroativos, em dezembro de 2004 e dezembro de 2006, está suspenso o prazo prescricional, que não voltou a correr pela metade, nos termos dos art. 9º c/c art. 4º, ambos do Decreto nº 20.910/1932. Prescrição não configurada. VERBAS REMUNERATÓRIAS – CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DEVIDOS PELA FAZENDA PÚBLICA – LEI Nº 11.960/2009, QUE ALTEROU O ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/1997 – DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL POR ARRASTAMENTO (ADIN 4.357/DF) – 12. O art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997, com redação conferida pela Lei nº 11.960/2009, que trouxe novo regramento para a atualização monetária e juros devidos pela Fazenda Pública, deve ser aplicado, de imediato, aos processos em andamento, sem, contudo, retroagir a período anterior a sua vigência. 13. “Assim, os valores resultantes de condenações proferidas contra a Fazenda Pública após a entrada em vigor da Lei nº 11.960/2009 devem observar os critérios de atualização (correção monetária e juros) nela disciplinados, enquanto vigorarem. Por outro lado, no período anterior, tais acessórios deverão seguir os parâmetros definidos pela legislação então vigente” (REsp 1.205.946/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Corte Especial, DJe 02.02.2012). 14. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade parcial, por arrastamento, do art. 5º da Lei nº 11.960/2009, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997, ao examinar a ADIn 4.357/DF, Rel. Min. Ayres Britto. 15. A Suprema Corte declarou inconstitucional a expressão “índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança” contida no § 12 do art. 100 da CF/88. Assim entendeu porque a taxa básica de remuneração da poupança não mede a inflação acumulada do período e, portanto, não pode servir de parâmetro para a correção monetária a ser aplicada aos débitos da Fazenda Pública. 16. Igualmente reconheceu a inconstitucionalidade da expressão “independentemente de sua natureza” quando os débitos fazendários ostentarem natureza tributária. Isso porque, quando credora a Fazenda de dívida de natureza tributária, incidem os juros pela taxa Selic como compensação pela mora, devendo esse mesmo índice, por força do princípio da equidade, ser aplicado quando for ela devedora nas repetições de indébito tributário. 17. *Como o art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997, com redação da Lei nº 11.960/2009, praticamente reproduz a nor-*

ma do § 12 do art. 100 da CF/1988, o Supremo declarou a inconstitucionalidade parcial, por arrastamento, desse dispositivo legal. 18. Em virtude da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei nº 11.960/2009: (a) a correção monetária das dívidas fazendárias deve observar índices que reflitam a inflação acumulada do período, a ela não se aplicando os índices de remuneração básica da caderneta de poupança; e (b) os juros moratórios serão equivalentes aos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicáveis à caderneta de poupança, exceto quando a dívida ostentar natureza tributária, para as quais prevalecerão as regras específicas. 19. O Relator da ADIn no Supremo, Min. Ayres Britto, não especificou qual deveria ser o índice de correção monetária adotado. Todavia, há importante referência no voto vista do Min. Luiz Fux, quando Sua Excelência aponta para o IPCA (Índice de Preços ao Consumidor Amplo), do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, que ora se adota. 20. No caso concreto, como a condenação imposta à Fazenda não é de natureza tributária – o crédito reclamado tem origem na incorporação de quintos pelo exercício de função de confiança entre abril de 1998 e setembro de 2001 –, os juros moratórios devem ser calculados com base no índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos da regra do art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997, com redação da Lei nº 11.960/2009. Já a correção monetária, por força da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei nº 11.960/2009, deverá ser calculada com base no IPCA, índice que melhor reflete a inflação acumulada do período. 21. Recurso especial provido em parte. Acórdão sujeito à sistemática do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ nº 08/2008.²⁰

Pontue-se que não se há de falar em modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei nº 11.960/2009, com incidência da correção monetária com base no IPCA somente a partir de 25.03.2015. E isso, porque tal decisão não se aplica e este caso, mas somente em relação aos precatórios. Assim, mantém-se a decisão conforme entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Confira-se, nesta direção, o precedente do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – SERVIDOR PÚBLICO – CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS EM CONDENAÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA – APLICAÇÃO DA LEI Nº 11.960/2009 – ADIN DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – ALTERAÇÃO LEGISLATIVA – LEI Nº 11.960/2009 – NORMA DE CARÁTER PROCESSUAL – APLICAÇÃO IMEDIATA – INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL POR ARRASTAMENTO – PRECEDENTES: RESP 1.270.439/PR, REL. MIN. CASTRO MEIRA, DJe 02.08.2011 E STF-AI 842.63/RS, REPERCUSSÃO GERAL, REL. MIN. CEZAR PELUSO, DJE 02.09.2011 – DÍVIDA DE NATUREZA NÃO TRIBUTÁRIA – MODULAÇÃO DOS EFEITOS NA ADIN 4.357/DF COM EFICÁCIA PROSPECTIVA – APLICAÇÃO DO ÍNDICE OFICIAL DE REMUNERAÇÃO BÁSICA DA CADERNETA DE POUPANÇA (TR), NOS TERMOS DA EC 62/2009 PARA O PAGAMENTO OU EXPEDIÇÃO DE PRECATÓRIOS ATÉ 25.03.2015 –

O SOBRESTAMENTO DO JULGAMENTO DE PROCESSOS EM FACE DE RECURSO REPETITIVO (ART. 543-C DO CPC) SE APLICA APENAS AOS TRIBUNAIS DE SEGUNDA INSTÂNCIA – AGRAVO REGIMENTAL DA FAZENDA PÚBLICA DESPROVIDO – AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO

1. No REsp. 1.205.946/SP, julgado sob o rito do art. 543-C do CPC, pela Corte Especial do STJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, determinou-se que a incidência dos juros e da correção monetária havida no período anterior à vigência da Lei nº 11.960/2009, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997, deve seguir os parâmetros definidos pela legislação então vigente, em consonância ao princípio do *tempus regit actum*. Sendo uma norma de natureza eminentemente processual, deve ser aplicada de imediato aos processos pendentes, a partir de sua vigência. 2. No entanto, o colendo Supremo Tribunal Federal, ao examinar a questão por meio da ADI 4.357/DF (Rel. Min. Ayres Britto), declarou a inconstitucionalidade parcial, por arrastamento, do art. 5º da Lei nº 11.960/2009. 3. Assim, nessa linha de entendimento da Suprema Corte, a 1ª Seção do STJ, nos autos do REsp 1.270.439/PR, julgado pelo rito dos Recursos Repetitivos, Rel. Min. Castro Meira, firmou o entendimento de que a partir da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei nº 11.960/2009: (a) a correção monetária das dívidas fazendárias deve observar índices que reflitam a inflação acumulada do período, a ela não se aplicando os índices de remuneração básica da caderneta de poupança; e (b) os juros moratórios serão equivalentes aos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicáveis à caderneta de poupança, exceto quando a dívida ostentar natureza tributária, para a qual prevalecerão as regras específicas. 4. No caso em apreço, como a matéria aqui tratada não ostenta natureza tributária, os juros moratórios devem ser calculados com base nos juros que recaem sobre a caderneta de poupança, nos termos da regra do art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997, com redação dada pela Lei nº 11.960/2009, sendo que a correção monetária deverá ser calculada com base no IPCA, índice que melhor reflete a inflação acumulada do período. 5. *O Supremo Tribunal Federal conferiu eficácia prospectiva à ADI 4.357/DF, fixando como marco inicial a data de conclusão do julgamento da questão de ordem, em 25.03.2015, e manteve válidos os precatórios expedidos ou pagos até esta data, logo referente à manutenção da correção monetária com base no índice da TR, não há como prevalecer tal entendimento, porquanto sequer houve a expedição de precatório ou seu pagamento, estando a ação ainda em curso.* 6. A Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que o comando legal que determina a suspensão do julgamento de processos em face de recurso repetitivo, nos termos do art. 543-C do CPC, somente é dirigido aos Tribunais de segunda instância, e não abrange os recursos especiais já encaminhados ao STJ. 7. Agravo Regimental da Fazenda Pública desprovido.²¹

Por derradeiro, verifica-se que o instituto réu restou vencido na demanda, devendo, assim, responder pelos ônus sucumbenciais, sendo, contudo, isento

21 BRASIL – STJ, AgRg-REsp 1289090/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª T., Data do Julgamento: 19.05.2015.

do pagamento das custas processuais e da taxa judiciária, conforme art. 17, IX, da Lei nº 3.350/1999 e a Súmula nº 76 deste Tribunal de Justiça²²⁻²³.

Quanto aos honorários advocatícios, restando vencida na contenda, a Fazenda Pública deve arcar com a verba honorária, que deve ser fixada na forma do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil²⁴.

Neste sentido, confirmam-se os seguintes arestos do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO CIVIL – HONORÁRIOS – ART. 20, §§ 3º E 4º, DO CPC – CRITÉRIO DE EQUIDADE – REVISÃO – SÚMULA Nº 7/STJ

1. *Vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, ou mesmo um valor fixo, segundo o critério de equidade.*

2. Não sendo desarrazoado o valor fixado a título de verba honorária, não cabe a esta Corte revê-lo, sob pena de ofensa à Súmula nº 7/STJ, por haver necessidade de reexame da matéria de ordem fática, insuscetível de análise pela via especial.

3. Agravo regimental não provido.²⁵

PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – BANCO CENTRAL DO BRASIL – AUTARQUIA FEDERAL – FIXAÇÃO POR EQUIDADE – ART. 20, § 4º, DO CPC – REVISÃO DO VALOR – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA Nº 7/STJ – DESPROVIMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL

1. *O Banco Central do Brasil é uma autarquia federal e, portanto, está incluída no conceito de Fazenda Pública, devendo os honorários advocatícios, quando vencida, serem fixados com base no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.*

2. A Súmula nº 7/STJ veda a revisão do valor arbitrado da verba honorária, estabelecida conforme a equidade a que se refere o § 4º do art. 20 do CPC, por implicar reexame de matéria fático-probatória.

22 Art. 17. São isentos do pagamento de custas judiciais:

[...]

IX – a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, os Territórios Federais e as respectivas autarquias e fundações públicas de direito público, exceto quanto aos valores devidos a peritos, arbitradores e intérpretes;

23 Súmula nº 76. A taxa judiciária é devida por todas as autarquias federais e municipais ao Fundo Especial do Tribunal de Justiça, excluídas as estaduais por força da isenção prevista no art. 115 e parágrafo único do Código Tributário do Estado do Rio de Janeiro, competindo-lhes antecipar o pagamento do tributo se agirem na condição de parte autora e, ao final, caso sucumbentes.

24 § 4º Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior.

25 BRASIL – STJ, AgRg-AREsp 302689/AL, Relator(a) Ministro Castro Meira, 2ª T., Data do Julgamento: 25.06.2013.

3. Agravo Regimental desprovido.²⁶

Sendo assim, o instituto demandado deve pagar honorários de sucumbência, no valor de R\$ 300,00 (trezentos reais), levando-se em consideração a baixa complexidade da demanda e precedente deste Tribunal.

Nesse sentido, colhe-se o seguinte aresto desta Corte:

Apelação cível. *Revisão de benefício previdenciário*. Sentença que julgou parcialmente procedente o pedido para condenar o *Rioprevidência* ao pagamento, em favor da autora, de tudo aquilo que estaria recebendo o de cujus se vivo fosse, salvo a verba denominada adicional de insalubridade, além dos atrasados não abrangidos pela prescrição. *Honorários advocatícios pela parte ré, arbitrados em R\$ 300,00*, uma vez que ficou vencido em maior parte. Recurso da parte autora apenas requerendo a majoração dos *honorários advocatícios*. *Não merece majoração a verba honorária, arbitrada em consonância ao que dispõe o art. 20, § 4º do CPC, levando em conta ser a vencida a Fazenda Pública*. Recurso manifestamente improcedente, a que se nega seguimento, na forma do *caput* do art. 557 do CPC.²⁷

E nem se alegue que ao recurso em tela devem ser aplicadas as normas do Código de Processo Civil de 2015, no que tange aos honorários advocatícios.

E isso, porque segundo o princípio *tempus regit actum*, a lei processual, embora se aplique imediatamente aos processos em curso, deve respeitar os atos e fatos consumados sob o império da lei revogada. Ou seja, a lei dispõe somente para o futuro e regulamenta apenas os atos praticados após a sua entrada em vigor.

Ora, no caso em tela, tendo sido o recurso de apelação interposto, admitido e contrarrazoado segundo os pressupostos da lei processual anterior, não há de se cogitar de aplicação da nova, uma vez que devem ser respeitados o ato jurídico perfeito, ou seja, aquele já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou, nos termos do art. 6º, parágrafo primeiro, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942), e os direitos processuais adquiridos.

Deve se notar que o art. 14 do novo Código de Processo Civil estabelece – e nem poderia dispor de modo diverso – que a lei processual não comporta efeito retroativo, *verbis*:

A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

26 BRASIL – STJ, AgRg-REsp 649541/SP, Relator(a) Ministra Denise Arruda, 1ª T., Data do Julgamento: 23.08.2005.

27 BRASIL – TJRJ, Apelação/Reexame Necessário, Processo nº 0164644-74.2008.8.19.0001, Desª Nanci Mahfuz, 12ª C.Civ., Julgamento: 06.08.2010.

Admitir-se a aplicação do novo digesto processual ao julgamento do presente apelo, assim, configuraria verdadeiro efeito retroativo, o que malferiria uma situação jurídica já consolidada e, por extensão, os direitos processuais adquiridos pelas partes, a segurança jurídica e a legítima expectativa dos litigantes quanto a realização do julgamento de acordo com as leis vigentes ao tempo da interposição do recurso.

Veja-se a lição de Lucas Rister de Souza Lima:

Admitir a aplicação da regra para os recursos já interpostos antes de vir a lume o novo *Codex*, mas julgados na vigência deste, seria violar o direito do litigante à manutenção do regime revogado, no qual interpôs o recurso, quando ainda não era previsto tal efeito (que pode lhe gerar inequívoco prejuízo financeiro) para o caso de insucesso do recurso apresentado. Estar-se-ia colhendo o jurisdicionado de surpresa e impondo-lhe “pena” inexistente no momento em que decidiu recorrer (afinal, sua condenação certamente se agravará caso reste vencido), a qual, portanto, não foi por ele considerada e levada em conta quando pautou o seu agir e resolveu recorrer de uma dada decisão.²⁸

Com precisão, também lecionam sobre o tema Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero:

O que interessa é saber se do ato processual advém ou não direito para qualquer dos participantes do processo. Vale dizer: releva saber se há ou não direito adquirido processual. Nesse caso, a lei nova tem de respeitar a eficácia do ato processual já praticado. O exemplo clássico encontra-se no direito recursal. A lei do recurso é a lei do dia em que se tornou recorrível a decisão. A abertura de prazo recursal dá lugar a uma situação jurídica pendente – aguarda-se a interposição ou não do recurso. O recorrente tem direito à observação do direito vigente à época da abertura do prazo recursal. Fora daí há ofensa a direito processual adquirido e efeito retroativo da legislação.²⁹

Vale ressaltar, inclusive, que a aplicação do novo Código ao julgamento deste apelo se revelaria prejudicial ao princípio do contraditório – que mereceu dignas homenagens da nova lei –, especialmente quanto à parte sucumbente, que não se manifestou quanto a eventual majoração de honorários, na forma como elaborada pelo novel legislador, e não o fez porque amparada pela expectativa de que o julgamento do recurso se daria sob a égide da lei processual antiga.

Por tais fundamentos, conhece-se o apelo e a ele se dá parcial provimento, para julgar procedente o pedido autoral para: (a) restabelecer os efeitos da tutela antecipada de folhas 117-118 (000119); (b) anular o ato administrativo que suspendeu a pensão da demandante; (c) condenar o instituto demandado

28 Coleção Novo CPC Doutrina Seleccionada. Coordenador Geral Fredie Didier Jr. Bahia: Editora JusPodivm, 2015, v. 1, p. 762-767.

29 MARINONI, Luiz Guilherme e outros. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 1. ed. São Paulo: Editora RT, 2016. p. 113.

a restabelecer o benefício previdenciário; (d) condenar a autarquia a pagar as parcelas da pensão previdenciária atrasadas desde o cancelamento do benefício, observada a prescrição quinquenal, descontadas as eventualmente pagas por força de decisão liminar, corrigidas monetariamente pelo IPCA a partir da suspensão do benefício previdenciário e acrescidas de juros de mora a contar da citação, no percentual estabelecido para caderneta de poupança, conforme redação da Lei nº 11.960/2009. Por força da sucumbência, condena-se o demandado ao pagamento dos honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 300,00 (trezentos reais).

Rio de Janeiro, 08 de junho de 2016.

Desembargador José Carlos Paes
Relator

7761

Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

Apelação Cível nº 70068312669
CNJ: 0041460-98.2016.8.21.7000
Sétima Câmara Cível
Comarca de Novo Hamburgo
Apelante: F. D. B. A. F.
Apelado: A. J.

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL – PRETENSÃO DE SUPRESSÃO DO PATRONÍMICO PATERNO, EXCLUSÃO DO PATRONÍMICO PATERNO DO MARIDO E INCLUSÃO DO PATRONÍMICO MATERNO DO CÔNJUGE, AUSÊNCIA DE JUSTO MOTIVO – PEDIDO QUE CAUSA PREJUÍZO À CADEIA REGISTRAL – AFRONTA AO PRINCÍPIO DA IMUTABILIDADE DO NOME – PRECEDENTES – SENTENÇA CONFIRMADA

Apelo desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além da signatária, os eminentes Senhores Des. Jorge Luís Dall’Agnol (Presidente) e Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves.

Porto Alegre, 27 de julho de 2016.

Des^a Sandra Brisolará Medeiros,
Relatora

RELATÓRIO

Des^a Sandra Brisolará Medeiros (Relatora):

1. Trata-se de *recurso de apelação* interposto por F. D. B. A. de F., in-conformada com a sentença das fls. 28-31, que julgou improcedente a ação de retificação de registro civil, ao argumento de que a alteração pretendida pela autora, visando excluir o sobrenome paterno de seu marido, “de F.”, incluindo

o sobrenome materno de seu marido, “S.”, não encontra amparo na legislação pátria, importando a quebra da cadeia registral.

Em síntese, sustenta viável a alteração pretendida, argumentando que foi induzida em erro pelo Oficial do Registro Civil quando da realização de seu casamento, ocasião em que não lhe foi dada a oportunidade de alterar o nome de F. D. B. A. para F. D. B. S. Afirma não importar afronta à legislação a exclusão do patronímico paterno, F., e a inclusão do materno marital, S. Argumenta que a Lei nº 6.515/1977 prevê alteração opcional do nome, referindo que “a mulher pode crescer aos seus os apelidos de família do marido”. Aduz que o indeferimento do pedido de alteração do nome importa violação aos princípios da dignidade humana e da personalidade, acrescentando que o não uso do patronímico marital fere a sua honra e não a identifica no núcleo familiar, pois seus dois filhos foram registrados com o sobrenome B. S. Acena com o princípio da verdade real, acrescentando que está de boa-fé e a alteração pretendida não trará nenhum reflexo social negativo com risco de lesão a terceiros.

Requer o provimento do recurso, com a reforma da sentença, para que seja a ação julgada procedente (fls. 32-34).

Sobem os autos, aderindo parecer do Ministério Público, fls. 39-41, pelo desprovimento.

É o relatório.

VOTOS

Des^a Sandra Brisolara Medeiros (Relatora):

2. Eminentes Colegas.

Presentes os pressupostos processuais, conheço do recurso interposto.

Adiantando, a sentença apresenta-se nuclearmente correta.

A alteração do nome deve observar as regras contidas nos arts. 56, 57 e 58, da Lei dos Registros Públicos:

Art. 56. O interessado, no primeiro ano após ter atingido a maioridade civil, poderá, pessoalmente ou por procurador bastante, alterar o nome, desde que não prejudique os apelidos de família, averbando-se a alteração que será publicada pela imprensa.

Art. 57. A alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa, ressalvada a hipótese do art. 110 desta Lei [...].

Art. 58. O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios.

Parágrafo único. A substituição do prenome será ainda admitida em razão de fundada coação ou ameaça decorrente da colaboração com a apuração de crime, por determinação, em sentença, de juiz competente, ouvido o Ministério Público.

Tem-se, portanto, que a alteração do nome civil só pode ocorrer a título de exceção e motivadamente.

Uma dessas exceções está no art. 1.565, § 1º, do Código Civil, ao prever que *“Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescer ao seu o sobrenome do outro.”*

Ao abordar a matéria, esclareceu o eminente Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, *verbis*:

“A adoção dos apelidos de família do marido pela mulher e da mulher pelo marido devem ser vistas com cautela, tratando-se de uma mera faculdade que excepciona a regra geral de imutabilidade do nome. E, como exceção à regra geral deve, segundo a melhor regra de hermenêutica, ser interpretada restritivamente.

Assim, como o art. 1.565, § 1º, do Código Civil estabelece que, ao casar um cônjuge pode acrescer aos seus os apelidos de família do outro cônjuge, é forçoso convir que inexistente autorização legal para a supressão de apelidos de família, pois estes são, como regra, imutáveis, como se infere dos arts. 56 a 58 da Lei dos Registros Públicos.

De outra banda, *é forçoso convir que o sistema registral é de inclusão de nome e não de exclusão e, além disso, está submetido ao princípio da legalidade*, isto é, em matéria registral deve ser observado o que a lei prevê e não o que a lei não proíbe, cumprindo enfatizar que a liberdade individual encontra limite necessário nas disposições de ordem pública.” (Apelação Cível nº 70060868775, 7ª C.Cív., Julgado em 27.08.2014)

No caso concreto, observo que o nome de solteira da apelante era F. D. B. A., filha de J. F. A. e de E. B. A. (fl. 05)

F. contraiu núpcias com A. L. S. de F., filho de H. de F. e de I. S. de F., passando a chamar-se F. D. B. A. de F.

A pretensão da apelante é excluir o patronímico de seu genitor, “A.”, excluir o patronímico paterno de seu marido, “de F.”, e incluir o patronímico materno de seu esposo, “S.”, para chamar-se F. D. B. S.

Razão não lhe assiste, basicamente porque não é possível a *supressão do patronímico paterno, que é o identificador do tronco familiar da pessoa.*

A propósito, destaco o seguinte precedente transcrito na sentença:

APELAÇÃO CÍVEL – REGISTRO CIVIL – PEDIDO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO PARA ACRÉSCIMO DO PATRONÍMICO MATERNO DO CÔNJUGE ENTRE OS PATRONÍMICOS DE FAMÍLIA DA REQUERENTE – IMPOSSIBILIDADE – POSIÇÃO DO SOBRENOME QUE REPRESENTA PREJUÍZO À IDENTIFICAÇÃO DA

ANCESTRALIDADE – *Ainda que não haja supressão de nenhum dos apelidos de família da requerente, é descabido o acréscimo do sobrenome materno do cônjuge entre os seus apelidos de família, considerando que a inclusão do patronímico nesta posição não preserva a identificação da origem familiar, representando verdadeiro prejuízo à identificação da ancestralidade, o que é vedado pelo ordenamento jurídico vigente. Negaram provimento. Unânime.* (TJRS, Apelação Cível nº 70054794912, 8ª C.Cív., Rel. Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 29.08.2013)

[...] O fato é que, ainda que não haja supressão de nenhum dos apelidos de família da recorrente, o acréscimo do sobrenome materno do cônjuge entre os apelidos de família da requerente *não preserva a identificação da origem familiar da apelante, representando verdadeiro prejuízo à identificação da ancestralidade pela quebra da cadeia registral, o que é vedado pelo ordenamento jurídico vigente.* [...]

Esclarecedor, também, é o parecer ministerial, da lavra do eminente Procurador de Justiça, Dr. Luiz Cláudio Varela Coelho, *verbis*:

“O nome permite a individualização da pessoa e, mais do que isso, sua identificação como sujeito de direitos e obrigações na ordem civil. O sistema vigente no ordenamento jurídico pátrio é informado pelo princípio da continuidade dos registros públicos e, especialmente em relação ao nome, pelo princípio da imutabilidade ou definitividade.

Tais princípios são mitigados diante de situações excepcionais que autorizam a alteração do nome, quando expuser a pessoa a ridículo, contiver erro de grafia ou em razão de divórcio, reconhecimento de filiação e adoção, entre outros casos.

Nada obstante, há manifesta preocupação do legislador quanto à preservação dos apelidos de família, como se observa nos preceptivos legais precitados.

A alteração do nome não deve ser deferida quando causar prejuízo aos apelidos de família, em virtude da expressa proteção legal existente. Por óbvio, é o nome dos pais que condiciona e limita a grafia do nome dos filhos, e não o contrário.

No caso concreto, observa-se que a exclusão do patronímico paterno, a exclusão do patronímico paterno do marido e a inclusão do patronímico materno do marido ao nome da apelante importaria a descaracterização do nome da família e, conseqüentemente, prejuízo aos apelidos de família, acarretando inegável falta de correspondência entre o nome da apelante e o de seu genitor.

Não se mostra viável, pois, a retificação almejada, porquanto manifesto o prejuízo aos apelidos de família, os quais são transferidos de uma geração para a outra, pela descendência, devendo assim ser conservados.”

Impõe-se, assim, confirmar a sentença de improcedência, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

3. Ante o exposto, voto pelo *desprovimento* do recurso.

Des. Jorge Luís Dall’Agnol (Presidente) – De acordo com o(a) relator(a).

Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves – De acordo com o(a) relator(a).

Des. Jorge Luís Dall’Agnol – Presidente – Apelação Cível nº 70068312669, Comarca de Novo Hamburgo: “Negaram provimento. Unânime.”

Julgador(a) de 1º Grau: Traudi Beatriz Grabin

7762

Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

Apelação nº 0001292-81.2007.8.24.0082, da Capital

Relatora: Desembargadora Rosane Portella Wolff

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO ESTÁVEL *POST MORTEM* COMINADA COM PARTILHA DE BENS – JUÍZO *A QUO* QUE JULGOU PARCIALMENTE PROCEDENTES OS PLEITOS EXORDIAIS – INSURGÊNCIA DA REQUERIDA

Partilha dos imóveis matriculados sob os nºs 1.063 e 1.064 no 3º Ofício de Registro de Imóveis da Capital. Alegada doação do *de cujus* em favor da recorrente não demonstrada. Ato jurídico que envolveu o apartamento e a vaga de garagem que se trata, sem dúvidas, de compra e venda, realizada em conjunção de esforços na vigência da união estável. Sendo assim, impositiva a manutenção da sentença de origem que determinou a partilha dos bens ora guerreados.

Recurso conhecido e desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001292-81.2007.8.24.0082, da Vara da Família, Órfãos e Sucessões da comarca da Capital – Continente, em que é Apelante E. da S. e Apelados E. de S. R. J., representado pelo inventariante K. G. S., e S. R. J.:

A Quinta Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, conhecer do Recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Luiz César Medeiros, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Henry Petry Junior.

Florianópolis, 1º de agosto de 2016.

Rosane Portella Wolff
Relatora

RELATÓRIO

E. de S. R. J., S. R. J. e I. C. J. G. ajuizaram, perante a Vara da Família Órfãos e Sucessões da comarca da Capital, ação declaratória de união estável *post mortem* cominada com partilha de bens nº 0001292-81.2007.8.24.0082, contra E. da S.

As Autoras, na petição inicial (fls. 4-12), aduziram, em síntese, que: a) a Requerida conviveu com o falecido, pai das Requerentes, em regime de união estável pelo período de dois anos; b) logo após a separação judicial do *de cujus* com a Sra. Z. em 1997, este uniu-se com a Requerida até seu óbito, constituindo patrimônio; c) tendo em vista seu grave estado de saúde, o de cujus, ao adquirir bens, os registrava em nome da companheira, num completo desfavorecimento de suas filhas; d) o recebimento, pela Requerida, de pensionamento em razão da morte do seu companheiro, faz prova da união estável; e e) a Requerida se nega a realizar a partilha dos bens.

Ao final, postularam: 1) a concessão dos benefícios da gratuidade processual; e 2) o reconhecimento da união estável, assegurando às Autoras o direito de partilha na ordem de 50% dos bens adquiridos na constância da união estável.

Foi deferido, em favor das Autoras, os benefícios da justiça gratuita (fl. 43).

Realizada a audiência, a conciliação restou infrutífera (fl. 61).

Tendo em vista o falecimento da demandante S. R. J., foi deferida a sua substituição pelo seu Espólio (fl. 99).

À fl. 121, a coautora I. C. J. G. foi excluída do polo ativo da lide.

Citada (fl. 54), a Requerida apresentou contestação (fls. 127-133), suscitando, em resumo, que: a) operou-se a prescrição das pretensões das Requerentes; b) é descabida a partilha do veículo, sendo que à época da alienação à Requerente, o *de cujus* ainda era casado, tratando-se, assim, de uma simples compra e venda; c) o contrato de compra e venda dos imóveis (fls. 24-25), poderia caracterizar simulação, todavia, já sepultada pela prescrição; d) caso o ato fosse reconhecido como doação, haveria que se demonstrar se, em vida, o *de cujus* adiantou parte de seus bens a título de legítima, o que acarretaria a necessidade de colação dos bens doados em vida aos herdeiros legítimos, para que se verifique se a doação ultrapassou o limite legal.

Ao final, requereu o indeferimento dos pleitos exordiais.

Intimadas, as Demandantes apresentaram réplica (fls. 138-141).

Designada audiência de instrução e julgamento, a composição restou inexitosa. Na oportunidade em que foi dispensada a oitiva das testemunhas e juntados documentos pela Ré (fl. 150).

Sobreveio, então, sentença (fls. 160-163 verso), que em sua parte dispositiva, consignou-se:

Ante o exposto, julgo *procedente em parte* os pedidos formulados na inicial e resolvo o processo com análise de mérito, nos termos do art. 269, I, do Código de Processo Civil, para:

- a) reconhecer a união estável havida entre a ré E. S. e *de cujos* J. A. J., pelo período compreendido entre 30.11.1997 a 30.11.1999, no total de 02 (dois) anos;
- b) indeferir o pedido formulado pelas Autoras com relação à partilha do automóvel Fiat Tipo, ano 1993, placas LXU-3960;
- c) reconhecer o direito das Autoras à partilha do apartamento nº 111, tipo B, 1º pavimento, Bloco 02, bem como da vaga de garagem nº 11, no Edifício Residencial #, localizado à Rua #, nº #, Bairro #, nesta cidade, tudo com base nas regras pertinentes ao direito sucessório;
- d) indeferir o pedido formulado pelas Autoras com relação à partilha do terreno localizado na praia da pinheira, Enseada de Brito, Palhoça/SC, bem assim, com relação à casa sobre ele construída.

Diante da sucumbência recíproca, condeno as Autoras ao pagamento de 50% (cinquenta por cento) das custas processuais e honorários advocatícios em favor do procurador da Ré em R\$ 3.000,00 (três mil reais). Condeno a Ré ao pagamento de 50% (cinquenta por cento) das custas processuais e honorários advocatícios em R\$ 3.000,00 (três mil reais). Porém, ante a concessão do benefício da justiça gratuita à Autora (fl. 43) suspendo o pagamento do percentual em que foram condenadas, bem como aos honorários advocatícios nos termos do art. 12, da Lei nº 1.060/1950, com compensação de honorários (fls. 163-163 verso).

Inconformada, a Requerida interpôs Recurso de Apelação (fls. 173-177), sustentando, em suma, que: a) o ato jurídico que envolveu o apartamento nº 111, tipo B, 1º pavimento, bloco 2, bem como sua respectiva vaga de garagem, adquiridos em 25.03.1998, é caso típico de doação, travestido de compra e venda; b) o *de cujus* figura no contrato como interveniente pagador e resguarda para si o direito de usufruto, caracterizando, assim, uma doação com reserva de usufruto e não uma compra e venda; c) o interveniente pagador é na verdade um doador, conforme o art. 72-A, II, do Código Tributário do Estado de Goiás; e d) tratando-se de uma doação, eventual anulação já foi alcançada pela prescrição.

Por fim, requereu o conhecimento e provimento do Recurso.

Intimadas, as Apeladas apresentaram suas contrarrazões (fls. 182-186).

Dessarte, vieram os autos a este Areópago.

Este é o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do Recurso.

Pretende a Insurgente a reforma da decisão de origem que julgou procedentes em parte os pleitos exordiais e, no que pertine ao Apelo, reconheceu o direito das Apeladas à partilha do apartamento, bem como sua respectiva vaga de garagem, matriculados no Registro de imóveis de Florianópolis – 3º Ofício sob os nºs 1.063 e 1.064.

Preliminarmente, defende a Recorrente que, em se tratando de uma doação, eventual pedido de anulação do negócio jurídico já estaria prescrito.

Contudo, sem razão.

É que, em nenhum momento durante a marcha processual houve pleito de anulação do ato que concretizou a transferência dos bens ora discutidos à Apelante, sendo totalmente descabida a presente prejudicial.

Em verdade, o que se extrai facilmente dos autos é que as Requerentes buscam a partilha do apartamento e da vaga de garagem, haja vista que estes foram adquiridos pelo falecido e pela Demandada na constância da união estável.

Logo, a prefacial resta derribada.

No mérito, por sua vez, a Recorrente aduziu que o ato jurídico do apartamento nº 111, tipo B, 1º pavimento, bloco 2, bem como sua respectiva vaga de garagem, adquiridos em 25.03.1998, é caso típico de doação, travestido de compra e venda. Ainda, pontua que o de cujus figura no contrato como interviniente pagador e resguarda para si o direito de usufruto, caracterizando, assim, uma doação com reserva de usufruto e não uma compra e venda.

A Irresignação, nesse aspecto, adianto, não merece respaldo.

Isso porque, ao contrário das alegações da Apelante, sobressai clarividente da análise do Registro Geral dos imóveis em debate que eles foram adquiridos por meio de uma compra e venda (fls. 24 e 26), caindo por terra a aventada doação.

Compra e venda essa, onde figura como adquirente a Apelante e como interviniente pagador o *de cujus*, situação que deixa à margem de dúvidas a participação deste na concretização do negócio efetuado com terceiros, devendo, por óbvio, serem os bens partilhados, uma vez que adquiridos em união de esforços e na constância da união estável, pontos, inclusive, não contestados pela Ré.

E, sobre o regime de bens o Código Civil de 1916, norma aplicável ao caso, assim dispõe:

Art. 271. Entram na comunhão:

I – Os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges.

II – Os adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior.

III – Os adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges (art. 269, nº I).

IV – As benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge.

V – Os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão dos adquiridos.

VI – Os frutos civis do trabalho, ou indústria de cada cônjuge, ou de ambos.

Também:

Art. 269. No regime de comunhão limitada ou parcial, excluem-se da comunhão:

I – Os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do matrimônio por doação ou por sucessão;

II – Os adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares;

III – Os rendimentos de bens de filhos anteriores ao matrimônio, a que tenha direito qualquer dos cônjuges em consequência do pátrio poder;

IV – Os demais bens que se consideram também excluídos da comunhão universal.

Art. 270. Igualmente não se comunicam:

I – As obrigações anteriores ao casamento;

II – As provenientes de atos ilícitos.

Nessa linha, ausente as hipóteses dos arts. 269 e 270 da Legislação supracitada, a manutenção da sentença é impositiva, uma vez que as Apeladas, incontestavelmente, tem direito à meação dos imóveis matriculados no Registro de imóveis de Florianópolis – 3º Ofício sob os nºs 1.063 e 1.064.

Outrossim, não há que se falar em incidência do art. 72-A, II, do Código Tributário do Estado de Goiás, sendo que a referida norma não se amolda ao litígio ora debatido, bem como se trata de regramento específico de Estado diverso.

É o quanto basta.

Ante o exposto, por unanimidade, conhece-se do Recurso e nega-se-lhe provimento.

Gabinete Desembargadora Rosane Portella Wolff

7763

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Registro: 2016.0000553259

Apelação nº 0002366-75.2013.8.26.0642

Comarca: Ubatuba

MM. Juiz(a) de 1º Grau: Dr.(a) Fabricio Jose Pinto Dias

Apelante: D. J. D.

Apelado: D. F. D.

Voto nº 25124

AÇÃO DE INTERDIÇÃO

Pretensão do genitor em face da filha. Sentença de improcedência. Apela o autor sustentando haver laudo apresentando anomalia ou anormalidade psíquica da ré; não tem como gerir a sua vida e os atos da vida civil.

Descabimento. Não caracterizada a incapacidade. Ausentes requisitos do art. 84, § 3º, do Estatuto da Pessoa com Deficiência e art. 1.767 do Código Civil. A apelada se encontra apta a praticar os atos da vida civil e capacidade de administrar sua vida e seus bens.

Recurso improvido.

Trata-se de apelação interposta contra a sentença de fls. 61/63, que julgou improcedente ação de interdição, movida por D. J. D. contra D. F. D., sob o fundamento de que a interditanda mostrou-se dotada de condições de discernimento com capacidade de gerir por si só sua pessoa e administrar bens e interesses na vida civil.

Apela o autor (fls. 66/68), sustentando haver laudo pericial atestando anomalia ou anormalidade psíquica da ré, que não tem como gerir sua vida e os atos da vida civil, sendo caso de declarar a interdição.

Recurso recebido (fl. 69).

Pareceres ministeriais pelo não provimento do apelo (fls. 73/76 e fls. 83/86).

É o relatório.

Improcede o inconformismo.

A interdição, com impedimento da prática de atos da vida civil, é medida excepcional, temporária, proporcional às necessidades e circunstâncias de cada

caso, nos termos do art. 84, § 3º, do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015)¹, e, ainda, deve estar fundada em juízo de certeza e segurança.

Ao contrário do que alega o apelante, não foi comprovado que a ré se encontra em quaisquer das hipóteses previstas no art. 1.767 do Código Civil².

Conforme laudo pericial (fls. 56/57), a apelada se encontra apta a praticar os atos da vida civil, possuindo capacidade para administrar sua vida e seus bens, ainda que possua anomalia ou anormalidade psíquica.

A conclusão do laudo pericial foi a de que: “Paciente portador de doença mental CID 10 F 32.1, quadro depressivo moderado, o mostra-se necessário acompanhamento psicoterápico”, não havendo necessidade de interdição, entre outros motivos, por ser moléstia de caráter transitório (fl. 57, itens 1 a 8).

Oportuna menção a trecho do parecer da Procuradoria de Justiça (fl. 85):

“Na hipótese em exame, não há prova da incapacidade real e efetiva de D. F. D., pessoa maior, para a prática de certos atos da vida civil, na regência de si mesma e de seus bens. *O laudo pericial é conclusivo em diagnosticar a interditanda como portadora de quadro depressivo moderado (CID 10 F 32.1), a qual a despeito de traduzir uma perturbação da saúde mental, porém, não causa comprometimento psicopatológico que a incapacite para os atos da vida civil* (fls. 56/57). De sorte que, não há como interpretar o referido documento de forma diferente como pretende o apelante.”

Nestas circunstâncias, tolher da requerida a liberdade de gerir sua vida civil é ferir a sua dignidade, provocando efeito contrário do que se pretende com a interdição.

Ante o exposto, *nega-se provimento* ao recurso.

James Siano
Relator

1 Art. 84. [...]

§ 3º A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível.

2 Art. 1.767. Estão sujeitos à curatela:

I – aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

II – (Revogado);

III – os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

IV – (Revogado);

V – os pródigos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002366-75.2013.8.26.0642, da Comarca de Ubatuba, em que é apelante D. J. D. (assistência judiciária), é apelado D. F. D.

Acordam, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V. U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores Moreira Viegas (Presidente) e Fábio Podestá.

São Paulo, 6 de agosto de 2016.

James Siano
Relator
Assinatura Eletrônica

7764 – Alimentos – avô paterno – obrigação de natureza complementar – comprovação

“Recurso especial. Ação de alimentos. Avô paterno. Obrigação de natureza complementar. Comprovação de que a genitora e o espólio do genitor estão impossibilitados de arcarem com a prestação alimentar. Não ocorrência. Recurso provido. 1. A obrigação dos avós de prestar alimentos tem natureza complementar e somente exsurge se ficar demonstrada a impossibilidade de os dois genitores proverem os alimentos dos filhos, ou de os proverem de forma suficiente. Precedentes. 2. No julgamento do REsp 1.354.693/SP, ficou decidido que o espólio somente deve alimentos na hipótese em que o alimentado é também herdeiro, mantendo-se a obrigação enquanto perdurar o inventário. 3. Nesse contexto, não tendo ficado demonstrada a impossibilidade ou a insuficiência do cumprimento da obrigação alimentar pela mãe, como também pelo espólio do pai falecido, não há como reconhecer a obrigação do avô de prestar alimentos. 4. O falecimento do pai do alimentante não implica a automática transmissão do dever alimentar aos avós. 5. Recurso especial provido.” (STJ – REsp 1.249.133 – (2011/0093209-0) – Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira – DJe 02.08.2016 – p. 6981)

Comentário Editorial SÍNTESE

O recorrido ajuizou ação de alimentos contra seu avô, esclarecendo que o vínculo de parentesco com seu pai – filho do recorrente – foi reconhecido por decisão judicial passada em julgado, proferida em ação investigatória de paternidade.

Noticiou que, em demanda anterior, o genitor foi condenado a pagar-lhe o equivalente a dois salários-mínimos mensais, a título de alimentos. Afirma que, ante o falecimento de seu pai, a prestação alimentar deixou de ser paga, a despeito de restar mantida a necessidade, razão pela qual direcionou o pedido ao ascendente seguinte, segundo o previsto no art. 397 do Código Civil de 1916.

Despachada a petição inicial, fixou-se desde logo a quantia equivalente a 1 (um) salário-mínimo mensal, a título de alimentos provisórios.

Citado, compareceu aos autos o recorrente. Ofereceu contestação afirmando, em síntese, sua ilegitimidade passiva e o litisconsórcio passivo necessário, e impugnando o mérito do pedido, ao argumento de que desnecessária a prestação reivindicada. Na mesma oportunidade, ajuizou a ação declaratória incidental que é objeto do Recurso Especial nº 1.331.815/SC.

Instruído o feito, sobreveio sentença com o julgamento de parcial procedência dos pedidos iniciais, condenando o ora recorrente ao pagamento de alimentos no valor equivalente a um salário-mínimo e meio por mês.

O réu-recorrente, então, interpôs recurso de apelação.

Em suas razões recursais, suscitou preliminar de nulidade da sentença, à vista de pender o julgamento da ação incidental por ele ajuizada. No mérito, renovou as teses levantadas em contestação.

Concluiu a Corte de origem inexistir nulidade na sentença, proferida antes que se apreciasse recurso interposto contra decisão que extinguiu ação incidental, pela ausência de interesse de agir. Afastou a tese de ilegitimidade passiva e assentou a obrigação do recorrente ao pagamento da prestação alimentar, até a data em que o credor complete 24 (vinte e quatro) anos, considerando sua condição de universitário.

Irrresignado, interpõe o presente recurso especial, asseverando violados os arts. 265, IV, c, e 266, do CPC, e arts. 1.696 e 1.700 do CC/2002, ao argumento de que necessária a suspensão do feito principal, até que definitivamente julgada a ação declaratória incidental por ele promovida. Repisou a tese de ser ilegítimo para responder aos termos da demanda, ao fundamento de que o pedido deveria voltar-se, antes, contra o espólio de A. da S. L., formado por bens de propriedade do falecido pai do recorrido.

O STJ negou provimento ao recurso especial.

O eminente Jurista Sílvio de Salvo Venosa, ao comentar o dispositivo civil, assim elucida: “Desse modo, atende-se processualmente ao princípio da divisibilidade da obrigação alimentícia, permitindo-se que, no mesmo processo, sejam outros alimentantes chamados a

integrar a lide. A lei processual deve traçar normas concretas para possibilitar a eficiência do dispositivo.

De qualquer forma, são chamados a prestar alimentos, primeiramente, os parentes em linha reta, os mais próximos, excluindo os mais remotos. Assim, se o pai puder prestar alimentos, não se acionará o avô. O mesmo se diga do alimentando que pede alimentos ao neto, porque o filho não tem condições de pagar. Não havendo parentes em linha reta, ou estando estes impossibilitados de pensionar, são chamados para a assistência alimentícia os irmãos, tanto unilaterais como germanos. Apontemos que somente os irmãos estarão obrigados a alimentar na linha colateral. Os demais parentes e afins são excluídos dessa obrigação legal em nosso ordenamento. Não ficam excluídos, contudo, dentro do limite legal, os filhos ilegítimos e os adotivos, mormente depois que a Constituição de 1988, no art. 227, § 6º, equiparou os filhos de qualquer natureza. [...]” (*Direito Civil: direito de família*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 396-397)

Interessa ao tema destacar os comentários de Maria Helena Diniz, em seu Curso de Direito Civil:

“Nada obsta, havendo pluralidade de obrigados do mesmo grau que se cumpra a obrigação alimentar por concurso entre parentes, contribuindo cada um com a quota proporcional aos seus haveres; se a ação de alimentos for intentada contra um deles, os demais poderão ser chamados a integrar a lide (CC, art. 1.698) para contribuir com sua parte, distribuindo-se a dívida entre todos. Na sentença, o juiz rateará entre todos a soma arbitrada e proporcional às possibilidades econômicas de cada um, exceto aquele que se encontra financeiramente incapacitado, e assim cada qual será responsável pela sua parte. Se, por acaso, algum dos obrigados suportar o encargo, satisfazendo, totalmente, o necessitado, não há o que se exigir dos outros. Não há, portanto, solidariedade, por ser divisível a obrigação.” (*Curso de Direito Civil brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, v. 5, 2002. p. 471)

7765 – Alimentos – execução – dissídio jurisprudencial não demonstrado – perda do direito

“Agravo interno no recurso especial. Processual civil (CPC/1973). Execução de alimentos. Dissídio jurisprudencial não demonstrado. Perda do direito do alimentando pelo decurso do tempo. *Supressio*. Não ocorrência. Discussão acerca do binômio possibilidade/necessidade. Sede própria. Ação revisional. Aplicação do princípio da unirrecorribilidade. Dispositivos legais supostamente violados. Ausência de prequestionamento. Incidência da Súmula nº 211/STJ. 1. Não demonstrada a divergência pretoriana conforme preconizado nos arts. 541, parágrafo único, do CPC, e 255, § 1º, a, e § 2º, do RISTJ, deixa-se de conhecer o recurso especial. 1.1 Dissídio jurisprudencial não demonstrando face a ausência de cotejo analítico e a inexistência de cópia autenticada ou de citação do repositório oficial de jurisprudência em que foi publicado o acórdão paradigma. 1.2 Ademais, o recurso especial fundamentado no dissídio jurisprudencial exige que tenham os acórdãos examinado o tema sob o enfoque do mesmo dispositivo de lei federal. 2. Quanto ao instituto da *supressio*, a natureza do crédito alimentar não se altera com o mero decurso do tempo. 3. A sede correta para a discussão acerca do binômio possibilidade/necessidade é a ação revisional. 4. Manejados dois recursos pela mesma parte em face de uma única decisão, não se mostra possível, por força dos princípios da unirrecorribilidade e da preclusão consumativa, o conhecimento daquele interposto em segundo lugar. 5. A ausência de prequestionamento da matéria suscitada no recurso especial, a despeito da oposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial (Enunciado nº 211/STJ). 6. Não apresentação pela parte agravante de argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada. 7. Agravo interno desprovido.” (STJ – AgInt-EDcl-REsp 1.590.554 – (2015/0075324-8) – 3ª T. – Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino – DJe 09.08.2016 – p. 432)

7766 – Alimentos – execução – análise de provas – habeas corpus

“*Habeas corpus*. Execução de alimentos. Análise de provas. Impossibilidade. Obrigação de pagamento do devedor. Prisão civil. 1. O *habeas corpus* não é a via adequada para o exame aprofundado de provas a fim de averiguar a condição econômica do devedor, a necessidade do credor

o eventual excesso do valor dos alimentos. Precedentes. 2. Ordem denegada.” (STJ – HC 309.753 – (2014/0305595-0) – 4ª T. – Relª Min. Maria Isabel Gallotti – DJe 01.08.2016 – p. 2260)

7767 – Alimentos – execução – análise de provas – impossibilidade – obrigação de pagamento do devedor – prisão civil

“*Habeas corpus*. Impetração contra decisão singular. Tribunal de origem. Não cabimento. Inexistência de manifesta ilegalidade. Súmula nº 691 do STF. Execução de alimentos. Análise de provas. Impossibilidade. Obrigação de pagamento do devedor. Prisão civil. 1. Não é cabível *habeas corpus* em face de decisão singular de membro do Tribunal de origem, passível de agravo interno. Aplicação analógica da Súmula nº 691 do STF. Precedentes. 2. O *habeas corpus* não é a via adequada para o exame aprofundado de provas a fim de averiguar a condição econômica do devedor, a necessidade do credor e o eventual excesso do valor dos alimentos. Precedentes. 3. Ordem denegada.” (STJ – HC 349.829 – (2016/0047949-7) – 4ª T. – Relª Min. Maria Isabel Gallotti – DJe 01.08.2016 – p. 2260)

7768 – Alimentos – execução – *habeas corpus*

“*Habeas corpus*. Execução de alimentos. Análise de provas. Impossibilidade. Obrigação de pagamento do devedor. Prisão civil. 1. O *habeas corpus* não é a via adequada para o exame aprofundado de provas a fim de averiguar a condição econômica do devedor, a necessidade do credor e o eventual excesso do valor dos alimentos. Precedentes. 2. Ordem denegada.” (STJ – HC 351.593 – (2016/0070034-1) – 4ª T. – Relª Min. Maria Isabel Gallotti – DJe 01.08.2016 – p. 2261)

7769 – Alimentos – exoneração – maioridade civil

“Alimentos. Exoneração. Maioridade civil. Obediência ao binômio necessidade/disponibilidade entre alimentando e alimentante. Em princípio, ainda que já considerado maior e capaz civilmente, não perderá o filho, automaticamente, quando atingir a maioridade, o direito aos alimentos recebidos do pai. Finda-se, no entanto, a obrigação alimentar quando não demonstrada concretamente a necessidade e a impossibilidade de o alimentando sustentar-se.” (TJMG – AC 1.0390.14.002793-4/001 – 1ª C.Cív. – Rel. Geraldo Augusto – DJe 02.08.2016)

7770 – Alimentos – menor – necessidade

“Alimentos. Alimentanda que é menor, atualmente com dez anos de idade, presumida sua necessidade. Alimentante que é vereador da cidade de Cupira/PE, auferindo rendimentos líquidos, desconsiderado o empréstimo consignado, superiores a R\$ 4.000,00, é casado e tem outros três filhos menores de idade. Razoabilidade do arbitramento dos alimentos em quinze por cento dos rendimentos líquidos do alimentante. Recurso provido.” (TJSP – Ap 0003380-36.2014.8.26.0165 – Dois Córregos – 7ª CDPriv. – Rel. Luis Mario Galbetti – DJe 04.08.2016)

7771 – Alimentos – revisão – alteração do binômio necessidade-possibilidade

“Família. Alimentos. Revisão. Alteração do binômio necessidade-possibilidade. Não observada. Dever de sustentar outra família que não tem o condão de influenciar a possibilidade financeira do autor. Prevalência dos interesses da menor. Sentença mantida. Recurso improvido.” (TJSP – Ap 0004591-31.2009.8.26.0538 – Santa Cruz das Palmeiras – 2ª CDPriv. – Rel. Neves Amorim – DJe 09.08.2016)

7772 – Bem de família – alienação – ajuizamento de demanda – má-fé demonstrada – fraude à execução – caracterização – alegação de impenhorabilidade de imóvel – condição não comprovada

“Direito civil e processual civil. Apelação cível. Embargos de terceiro. Alienação de bem após o ajuizamento de demanda capaz de reduzir o devedor à insolvência. Má-fé demonstrada. Fraude à execução. Caracterização. Inteligência do Enunciado nº 375 da súmula de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Alegação de impenhorabilidade de imóvel. Condição de bem de família

não comprovada. Pedido improcedente. Recurso não provido. Configura-se a fraude à execução quando a alienação de bens ocorre após o ajuizamento de demanda capaz de reduzir o devedor à insolvência (art. 593, inciso II, do Código de Processo Civil de 1973). O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente. Inteligência do Enunciado nº 375 da Súmula de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Ausente a comprovação da alegada condição de bem de família, não há falar-se em impenhorabilidade do imóvel objeto de constrição judicial.” (TJMG – AC 1.0079.07.370281-7/001 – 9ª C.Cív. – Rel. Márcio Idalmo Santos Miranda – DJe 02.08.2016)

7773 – Condomínio – extinção – ex-companheiros

“Extinção de condomínio. Ex-companheiros. Imóvel adquirido na constância da união estável mediante financiamento. Partilha feita em acordo, homologado por sentença definitiva, no bojo de ação de reconhecimento e dissolução de união estável. Sentença que julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, ante a ausência de averbação da partilha na matrícula do imóvel. Prescindibilidade. Existência do condomínio e estado de indivisibilidade do bem comprovado. Interesse de agir presente. Impossibilidade de aferição de possível causa de perda superveniente de interesse pela alienação do imóvel pelo réu. Feito não contestado. Necessidade de regular prosseguimento, nos termos do art. 296 e seguintes, CPC/1973. Recurso de apelação provido.” (TJSP – Ap 0003990-61.2013.8.26.0222 – Guariba – 8ª CDPriv. – Rel. Alexandre Coelho – DJe 04.08.2016)

7774 – Divórcio – partilha e alimentos

“Ação de divórcio cumulada com partilha e alimentos. Fixação de alimentos provisórios em favor dos dois filhos comuns e da sobrinha que estava sob a guarda judicial do casal, no valor de um salário mínimo. Decisão que manteve o encargo no patamar inicialmente arbitrado. Preliminar de intempestividade rejeitada. O agravante se responsabilizou judicialmente com a varoa a zelar pela sobrinha, de modo que os alimentos também se estendem a ela. Pensão alimentícia compatível com o binômio: necessidade dos alimentados e possibilidade financeira do alimentante existente nos autos até o momento. Oportuno o aguardo da fase de instrução probatória. Decisão mantida. Recurso conhecido e não provido.” (TJSP – AI 2068873-62.2016.8.26.0000 – São João da Boa Vista – 3ª CDPriv. – Relª Marcia Dalla Déa Barone – DJe 08.08.2016)

7775 – Divórcio – partilha e alimentos entre ex-cônjuges – sentença correta

“Divórcio. Partilha e alimentos entre ex-cônjuges. Sentença correta. Suficientes fundamentos ratificados (art. 252 do regimento interno). Apelação não provida.” (TJSP – Ap 0017259-40.2012.8.26.0405 – Osasco – 2ª CDPriv. – Rel. Guilherme Santini Teodoro – DJe 09.08.2016)

7776 – Doação – ITCMD – entidade religiosa – imunidade – não incidência

“Direito constitucional e tributário. Ação declaratória de inexistência de relação jurídica. Apelação e reexame necessário. Doação. ITCMD. Entidade religiosa. Imunidade. Não incidência do imposto. Sujeito passivo. Donatário. Honorários. Apelação e reexame desprovidos. 1. Há presunção relativa de que o patrimônio, a renda e os serviços dos templos, os quais são imunes à tributação, são destinados às atividades religiosas da instituição, presunção somente elidida mediante a produção de prova em contrário pelo ente tributante, a quem compete demonstrar eventual desvio de finalidade. 2. A hipótese de incidência tributária do Imposto de Transmissão *Causa Mortis* e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos – ITCMD, tributo de competência estadual previsto nos arts. 155 da Constituição da República e 35 a 42 do Código Tributário Nacional, é a transmissão gratuita de bens ou direitos. 3. De acordo com a Lei nº 3.804/2006, na redação da Lei nº 5.452/2015, o sujeito passivo da obrigação tributária de recolhimento do ITCMD é o beneficiário da transmissão do bem. Em sendo o donatário imune à incidência tributária, não haverá o recolhimento do imposto nas operações em que ele for beneficiado pela doação de imóvel. 4. Os honorários são arbitrados mediante apreciação equitativa do juiz nas causas em que figurar como parte a Fazenda Pública, conforme previsto no § 4º do art. 20 do CPC de 1973, considerando-se o grau de zelo do profissional, o lugar

da prestação e a natureza e importância da causa, bem como o trabalho e o tempo exigido para o serviço. 5. Recurso e reexame necessário desprovidos.” (TJDFT – Proc. 20150110977286APO – (957385) – 2ª T.Cív. – Relª Leila Arlanch – J. 03.08.2016)

7777 – Doação inoficiosa – adiantamento da legítima – inobservância do quinhão de herdeiros necessários

“Negócio jurídico. Doação inoficiosa. Adiantamento da legítima. Inobservância do quinhão de herdeiros necessários. Sentença que declara a nulidade do negócio, na parte em que excedeu a legítima. Inconformismo afastado. Deve ser prestigiada a sentença que reconheceu a nulidade da doação quanto à parte que excede a que o doador poderia dispor por testamento ou ato *inter vivos*, feita pelo *de cuius* à ex-cônjuge, em detrimento dos filhos, diante de sua natureza inoficiosa (549, do CC). Sentença mantida. Aplicação do art. 252 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça. Resultado: apelação desprovida.” (TJSP – Ap 0035998-64.2011.8.26.0577 – São José dos Campos – 8ª CDPPriv. – Rel. Alexandre Coelho – DJe 04.08.2016)

7778 – Herança – quinhão – meação

“Petição de herança. Autora que alega ter direito, na verdade, à meação do quinhão recebido, em razão da morte do pai, pelo corréu, seu ex-marido, uma vez com ele casada sob o regime de comunhão universal de bens e dele tendo se divorciado após a transmissão da herança. Prova dos autos, porém, a demonstrar que o óbito do autor da herança veio a ocorrer décadas após a separação de fato do casal. Incomunicabilidade. Manutenção das penas por litigância de má-fé. Sentença mantida. Recurso desprovido.” (TJSP – Ap 0000515-18.2015.8.26.0646 – Urânia – 1ª CDPPriv. – Rel. Claudio Godoy – DJe 09.08.2016)

7779 – Inventário – arrolamento – pendência – acordo – possibilidade

“Processo civil. Agravo de instrumento. Arrolamento. Inventário. Pendência. Acordo. Possibilidade. Arquivamento do feito. Inaplicabilidade. 1. Havendo pendência entre herdeiros e em sendo possível realização de acordo, deve-se dar prosseguimento ao inventário. 2. Recurso conhecido e provido.” (TJDFT – Proc. 20160020179957AGI – (956413) – 5ª T.Cív. – Rel. Sebastião Coelho – J. 01.08.2016)

7780 – Inventário – direito do companheiro sobrevivente – meação de imóvel

“Direito sucessório. Direito civil. Agravo de instrumento. Inventário. Direito do companheiro sobrevivente à meação de imóvel adquirido na constância da união estável cuja data da aquisição é a transcrição do título translativo no registro imobiliário. Decisão mantida. 1. Se o imóvel passa a integrar o patrimônio da autora da herança pela transcrição do título aquisitivo no registro imobiliário, à época em que já convivia em união estável, o companheiro sobrevivente faz jus à meação do bem em discussão (arts. 1.725 e 1.790 do Código Civil). 2. Questões de alta indagação ou de que dependam de outras provas devem ser discutidas e solucionadas no juízo cível, em razão da limitação do rito do inventário. 3. Agravo de Instrumento conhecido, mas não provido. Unânime.” (TJDFT – Proc. 20160020020238AGI – (956931) – 3ª T.Cív. – Relª Fátima Rafael – J. 02.08.2016)

7781 – Inventário – exclusão da relação de herdeiros e remoção de inventariante – ordem estabelecida no art. 617 do novo CPC – filiação socioafetiva – não demonstração

“Agravo de instrumento. Inventário. Exclusão da relação de herdeiros e remoção de inventariante. Ordem estabelecida no art. 617 do novo CPC. Filiação socioafetiva. Não demonstração. Nomeação de novo inventariante. Possibilidade. Decisão mantida. 1. O art. 617 do Novo CPC estabelece a ordem de preferência na nomeação de inventariante, privilegiando os parentes mais próximos em detrimento dos mais remotos, podendo ser relativizada tão somente quando existirem motivos que desaconselhem a sua observância. 2. Não restando comprovada nos autos a existência de relação de parentesco havida entre a agravante e o falecido, esta deve ser excluída da relação de herdeiros, sendo que o encargo de inventariante, a princípio, deve ser atribuído ao sobrinho do falecido, o

qual ostenta a condição de herdeiro e de administrador dos bens do inventariado, consoante disposto no art. 617, inciso II do Novo CPC. 3. Recurso desprovido.” (TJMG – AI-Cv 1.0707.12.029137-2/001 – 6ª C.Cív. – Relª Sandra Fonseca – DJe 03.08.2016)

7782 – Inventário – habilitação de crédito – deferimento

“Inventário. Habilitação de crédito. Deferimento pela r. decisão impugnada. A impugnação da parte do espólio é suficiente ao Decreto de improcedência, prejudicadas as alegações de nulidade (CPC/1973, art. 249, § 2º; CPC/2015, art. 282, § 2º). Decisão reformada. Recurso provido.” (TJSP – AI 2028030-55.2016.8.26.0000 – São Joaquim da Barra – 8ª CDPriv. – Rel. Theodureto Camargo – DJe 09.08.2016)

7783 – Inventário – habilitação de crédito – reexame de provas

“Agravo regimental no agravo em recurso especial. Recurso incapaz de alterar o julgado. Inventário. Habilitação de crédito. Reexame de provas. Súmula nº 7/STJ. Dissídio jurisprudencial. Ausência de demonstração. 1. Quando as conclusões da Corte de origem resultam da estrita análise das provas carreadas aos autos e das circunstâncias fáticas que permearam a demanda, não há como rever o posicionamento em virtude da aplicação da Súmula nº 7/STJ. 2. Consoante iterativa jurisprudência desta Corte, a necessidade do reexame da matéria fática impede a admissão do recurso especial tanto pela alínea a quanto pela alínea c do permissivo constitucional. 3. A divergência jurisprudencial, nos termos do art. 541, parágrafo único, do CPC/1973 e do art. 255, § 1º, do RISTJ, exige comprovação e demonstração, esta, em qualquer caso, com a transcrição dos julgados que configurem o dissídio, a evidenciar a similitude fática entre os casos apontados e a divergência de interpretações, o que não restou evidenciado na espécie. 4. Agravo regimental não provido.” (STJ – AgRg-Ag-REsp 466.630 – (2014/0015195-8) – 3ª T. – Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva – DJe 09.08.2016 – p. 393)

7784 – Inventário e partilha – questão de alta indagação

“Apelação. Inventário e partilha. Questão de alta indagação. A questão relativa à legitimidade da escritura pública que veio a ensejar a transferência de bem imóvel, objeto da partilha, prescinde de prova técnica a respeito de sua higidez. Necessidade de remessa às vias ordinárias para a resolução da lide. Inteligência do art. 612 do CPC/2015. Sobrestamento da partilha em relação ao imóvel sobre o qual recai a controvérsia. Recurso provido.” (TJSP – AI 2077966-49.2016.8.26.0000 – São Paulo – 2ª CDPriv. – Relª Rosângela Telles – DJe 08.08.2016)

7785 – Investigação de paternidade – post mortem – ausência de impugnação

“Processual civil. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Recurso manejado sob a égide do CPC/1973. Investigação de paternidade *post mortem*, ausência de impugnação específica aos fundamentos da decisão agravada. Incidência da Súmula nº 182 do STJ. Agravo regimental não conhecido. 1. Inaplicabilidade do NCPC neste julgamento ante os termos do enunciado administrativo nº 2 aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 09.03.2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. 2. A ausência de impugnação específica dos fundamentos da decisão agravada impõe o não conhecimento da irresignação recursal. No caso examinado, a agravante não refutou a aplicação da Súmula nº 7 do STJ. Incide, assim, a Súmula nº 182 do STJ. 3. Agravo regimental não conhecido.” (STJ – AgRg-Ag-REsp 788.934 – (2015/0252129-7) – 3ª T. – Rel. Min. Moura Ribeiro – DJe 01.07.2016 – p. 382)

7786 – Menor – maus-tratos – resultado morte – privação de alimentos ou cuidados indispensáveis

“Apelação criminal. Maus-tratos. Resultado morte. Privação de alimentos ou cuidados indispensáveis ao menor. Expor a perigo a vida ou a saúde da vítima. *Causa mortis* não demonstrada. Inexistência de dolo. Absolvição necessária. A condenação pelo crime de maus-tratos com resultado

morte exige prova inequívoca do dolo do agente em privar a vítima de alimentos ou de cuidado indispensável a fim de apoquentá-la de modo a expor a perigo sua integridade e saúde física e psíquica. O meio social e as impressões de terceiro sobre os sentimentos nutridos pela agente não são elementos seguros a justificar a condenação por maus-tratos quando há provas demonstrando o zelo e atenção da mãe para com filho. A convivência social em ambiente inóspito não caracteriza o delito de maus-tratos e, tampouco, pode ser considerada como crime, simplesmente. A presunção de inocência é consagrada como princípio reitor do processo penal e deve externar-se com um verdadeiro dever de tratamento de que, até prova em contrário, os indiciados são inocentes da imputação que lhe é impelida pela acusação.” (TJMG – ACr 1.0702.05.198248-7/001 – 7ª C.Crim. – Rel. Cássio Salomé – DJe 01.08.2016)

7787 – Menor portador de paralisia cerebral – fornecimento de fraldas descartáveis – hipossuficiência – necessidade comprovada – Estado – negativa – ilegalidade

“Apelação cível/reexame necessário. Direito à saúde. Menor portador de paralisia cerebral. Fornecimento de fraldas descartáveis. Hipossuficiência. Necessidade comprovada. Estado. Negativa. Ilegalidade. Direito constitucional assegurado. Multa cominatória. Fixação em desfavor da Fazenda Pública. Possibilidade. Sentença mantida. O fornecimento de insumos e alimentos nutricionais está contido no conceito de assistência à saúde, previsto no art. 196 da Constituição Federal, razão pela qual o Estado não pode erguer barreiras burocráticas para obstaculizar ou mesmo impedir o tratamento adequado ao cidadão carente. Nesse contexto, diante da prova produzida pelo apelado acerca da hipossuficiência do menor, que obsta o custeio do insumo de que necessita, em caráter ininterrupto, e da efetiva necessidade das fraldas descartáveis pleiteadas; e, por outro lado, da ausência de provas robustas em contrário, notadamente da dispensabilidade e ineficácia do tratamento indicado, há que se assegurar ao adolescente o fornecimento do insumo requerido, pelo tempo que necessitar, visto ser indispensável à manutenção de sua dignidade humana e de seu bem-estar. No tocante à multa diária arbitrada pela sentença, venho alterar meu entendimento anterior, para admitir a fixação de tal multa cominatória em desfavor do Estado de Minas Gerais. Com efeito, após detectar reiterados descumprimentos, por parte das Pessoas Jurídicas de Direito Público, de determinações judiciais tendentes a concretizar o direito à saúde, em manifesto prejuízo aos cidadãos, e sem que houvesse outro meio de assegurar o cumprimento da obrigação judicial imposta, passei a admitir a fixação da multa, com esteio no § 4º do art. 461 do CPC.” (TJMG – AC-RN 1.0223.13.013643-3/001 – 1ª C.Cív. – Rel. Geraldo Augusto – DJe 02.08.2016)

7788 – Partilha – ação de cobrança de aluguel – patrimônio comum do casal – posse exclusiva de um dos ex-cônjuges

“Apelação cível. Direito cível. Ação de cobrança de aluguel. Patrimônio comum do casal. Posse exclusiva de um dos ex-cônjuges. Aluguéis. Pendência de partilha. Indenização indeferida. Precedentes. 1. A cobrança de aluguel, em razão de uso exclusivo de imóvel integrante do patrimônio comum do casal, somente é legítima nas hipóteses em que, decretado o divórcio e efetuada a partilha, não se verifica a procrastinação do cônjuge que permaneça residindo no imóvel. Precedentes STJ e TJDFT. 2. Recurso não provido.” (TJDFT – Proc. 20140710236965APC – (957055) – 2ª T.Cív. – Relª Leila Arlanch – J. 01.08.2016)

7789 – Partilha – imóvel objeto de ação – prova da propriedade de terceiros – ausência

“Embargos de terceiro. Imóvel objeto de ação de partilha. Prova da propriedade de terceiros. Ausência. Desprovemento do recurso. Ausente prova de que os embargantes são proprietários do bem controvertido, objeto de ação de partilha, não há que se falar na procedência dos embargos de terceiro opostos.” (TJMG – AC 1.0024.11.324937-9/002 – 6ª C.Cív. – Rel. Edilson Fernandes – DJe 03.08.2016)

Comentário Editorial SÍNTESE

Trata-se de recurso interposto contra a sentença que julgou improcedentes os embargos de terceiros e condenou-o nos honorários advocatícios fixados em 20% do valor da causa, suspensa a exigibilidade (fls. 413/415).

Os apelantes alegam que exerciam os poderes inerentes à propriedade, sendo os únicos responsáveis pela manutenção e pagamento das despesas do imóvel durante todo o período que nele residem. Afirmam que a embargada, que é filha dos apelantes, apenas emprestou o nome para que os pais pudessem adquirir o bem. Pugnam pelo provimento do recurso para que seja garantida a manutenção da posse dos apelantes.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

O apelado alega preliminar de falta de interesse de agir, uma vez que “não há nos autos nenhuma constrição judicial que autorize a oposição dos Embargos de Terceiro” (fl. 441).

A ação de embargos de terceiro era regida pelo art. 1.046 do Código de Processo Civil de 1973, que dispunha:

“Quem, não sendo parte no processo, sofrer turbação ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial, em casos como o de penhora, depósito, arresto, sequestro, alienação judicial, arrecadação, arrolamento, inventário, partilha, poderá requerer lhe sejam mantidos ou restituídos por meio de embargos.”

No caso dos autos, os embargantes requereram a manutenção na posse de imóvel objeto da ação de partilha nº 0024.10.225230-1.

O TJMG negou provimento ao recurso.

O relator assim se manifestou:

“Assim, verifico que, no curso da presente ação não foi apresentada prova documental apta a corroborar a aquisição do imóvel objeto de ação de partilha pelos apelantes, uma vez que o art. 1.227, do Código Civil, estabelece que ‘os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem como o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos (arts. 1.245 a 1.247), salvo os casos expressos neste Código’ e, no caso em questão, o imóvel está registrado em nome dos embargados.

Não havendo comprovação de que foram os embargantes que compraram o imóvel e apenas registraram em nome da filha, constato que a partilha do bem entre os embargados não tem o potencial de afetar interesse jurídico dos embargantes, merecendo ser registrado que aos recorrentes cabia o ônus de comprovar suas alegações iniciais, na forma prevista no art. 333, inciso I, do CPC, sob pena de improcedência da pretensão.”

Os ilustres Juristas Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, em comentários ao disposto no art. 1.046 do Código de Processo Civil, assim elucidam:

“1. Natureza dos embargos. Trata-se de ação de conhecimento, constitutiva negativa, do procedimento especial sumário, cuja finalidade é livrar o bem ou direito de posse ou propriedade de terceiro da constrição judicial que lhe foi injustamente imposta em processo de que não faz parte. O embargante pretende ou obter a liberação (manutenção ou reintegração na posse), ou evitar a alienação de bem ou direito indevidamente constricto ou ameaçado de o ser.

2. Conceito de terceiro. As partes na relação jurídica processual são autor e réu, isto é, aquele que pede e aquele que em face de quem se pede algo em juízo. É terceiro quem não é parte na relação jurídica processual, quer porque nunca o foi, quer porque dela tenha sido excluído.

[...]

9. Ato de constrição judicial. São atos de constrição judicial, passíveis de impugnação pela via dos embargos de terceiro: a penhora, o arresto, o sequestro, o depósito, a alienação judicial, a arrecadação, o arrolamento, o inventário, a partilha, a hipoteca judicial, busca e apreensão da coisa.” (*Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. São Paulo: RT, 2003. p. 1185-1186)

7790 – Penhora – bem de família – proprietária de outros bens

“Recurso especial. Embargos à execução. Penhora. Bem de família. Proprietária de outros bens. Lei nº 8.009/1990. Imóvel de residência. Impossibilidade de constrição. 1. Na origem, os embargos à execução foram julgados improcedentes e o Tribunal estadual manteve a penhora sobre o bem de família da recorrente, reconhecendo a existência de outro bem de sua propriedade de menor valor.

2. A jurisprudência deste Tribunal é firme no sentido de que a Lei nº 8.009/1990 não retira o benefício do bem de família daqueles que possuem mais de um imóvel. 3. O parágrafo único do art. 5º da Lei nº 8.009/1990 dispõe expressamente que a impenhorabilidade recairá sobre o bem de menor valor na hipótese em que a parte possuir vários imóveis utilizados como residência, o que não ficou demonstrado nos autos. 4. Recurso especial provido.” (STJ – REsp 1.608.415 – (2016/0117332-0) – Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva – DJe 09.08.2016 – p. 433)

Comentário Editorial SÍNTESE

Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão assim ementado:

“RECURSO – Agravo retido. Alegação de cerceamento de defesa ante a impossibilidade de produção de provas. Inexistência. Agravo retido desprovido. EMBARGOS À EXECUÇÃO – Sentença de improcedência. Bens imóveis constritos. Preliminar de nulidade da sentença de fundamentação. Rejeição. Sentença concisa e bem fundamentada. Preliminar de ilegitimidade passiva. Impossibilidade. Matéria sob o manto da coisa julgada. Preliminar de inaplicabilidade da CLT e inexistência de grupo econômico. Preclusão. Recorrente é proprietária de dois imóveis. Alegação de um dos imóveis ser bem de família. Impossibilidade. Inteligência do parágrafo único do art. 5º da Lei nº 8.009/1990. A impenhorabilidade recai sobre o imóvel de menor valor. Sentença mantida. Recurso desprovido.”

Os embargos declaratórios foram rejeitados.

No recurso especial, a recorrente alega, além de dissídio jurisprudencial, violação dos arts. 1º e 5º da Lei nº 8.009/1990 e 267, VI, § 3º, 458, II, 471 e 535 do Código de Processo Civil de 1973. Sustenta que o imóvel utilizado como sua residência deve ser considerado como bem de família, ainda que tenha outros bens de sua propriedade.

Não admitido o recurso na origem, vieram os autos conclusos a esta relatoria, por força de agravo.

O STJ deu provimento ao recurso especial para afastar a penhora do imóvel.

O relator assim se pronunciou:

“Na hipótese em apreço, a despeito de a recorrente possuir outros imóveis declarados inclusive em seu imposto de renda, como registrou a sentença, a instância ordinária levou em conta apenas o valor dos bens para decidir sobre a penhora, sem observar se efetivamente todos eram utilizados como residência de [...], mormente porque estão localizados em cidades diversas do estado de São Paulo.

Com efeito, caracteriza-se por residencial o imóvel que serve de local em que se estabelece uma família, centralizando suas atividades com ânimo de permanecer em caráter definitivo.

Assim, pelo que se deduz do aresto do tribunal paulista, o imóvel de Itu/SP é o de residência da recorrente e de seus filhos; portanto, com base na jurisprudência desta Corte e no art. 1º da Lei nº 8.009/1990, é impenhorável por ser considerado bem de família.”

Yone Frediani, em estudo sobre o bem de família, assim considerou:

“O bem de família poderá consistir em prédio residencial urbano ou rural, suas pertenças e acessórios, destinando-se ao domicílio familiar, podendo, ainda, ser constituído por valores mobiliários.

O bem de família é isento de execução por dívidas posteriores à sua instituição, salvo se provenientes de tributos relativos ou prédio ou despesas de condomínio. A isenção perdurará enquanto viverem os cônjuges e na falta destes até que os filhos completem a maioridade, vale dizer, nesse caso, a impenhorabilidade é relativa.

[...]

No entanto, da leitura do texto legal apontado, constata-se, desde logo, que a impenhorabilidade do bem de família é relativa, diante das exceções previstas no art. 3º e respectivos incisos, quais sejam:

- a) créditos de trabalhadores da própria residência e de suas contribuições previdenciárias;
- b) crédito decorrente de financiamento destinado à construção ou aquisição do imóvel;
- c) crédito decorrente de pensão alimentícia;

- d) impostos, taxas e contribuições devidas, relativos ao imóvel familiar;
- e) execução de hipoteca existente sobre o imóvel, oferecido como garantia real;
- f) aquisição do imóvel com produto de crime;
- g) obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

Por oportuno, resta-nos ressaltar que, à semelhança das disposições contidas no diploma civilista, torna-se imprescindível a fixação do domicílio familiar com ânimo de permanência, a fim de que possa estar o imóvel revestido de impenhorabilidade.” (Bem de família. *Repertório de Jurisprudência IOB*, 3/23193, v. III, nº 21/2005, p. 647, 1ª quinz. nov. 2005)

7791 – Pensão por morte – companheira de ex-servidor público estadual falecido – união estável comprovada

“Apelação e reexame necessário. Ação ordinária. Pensão por morte. Companheira de ex-servidor público estadual falecido. Procedência. Pretensão de inversão do julgamento. Impossibilidade. União estável comprovada. Sentença judicial com trânsito em julgado a reconhecê-la. Comprovação por meio de escritura pública de inventário e prova testemunhal. Aplicação do art. 147 da Lei nº 180/1978. Dependência econômica presumida. Precedentes. Não provimento do recurso, com solução extensiva ao reexame necessário.” (TJSP – Ap 0033121-06.2013.8.26.0053 – São Paulo – 6ª CDPúb. – Relª Maria Olívia Alves – DJe 05.08.2016)

7792 – Pensão por morte – ex-combatente – beneficiário incapaz – imprescritibilidade – termo inicial do benefício – data do óbito

“Agravamento regimental no recurso especial. Administrativo. Pensão por morte. Ex-combatente. Beneficiário incapaz. Imprescritibilidade. Termo inicial do benefício. Data do óbito. Agravamento regimental desprovido. 1. Segundo Orientação Jurisprudencial desta Corte, o incapaz tem direito ao benefício de pensão por morte de ex-combatente desde o óbito do segurado, uma vez que não se sujeita aos prazos prescricionais. Precedentes, dentre outros: AgRg-REsp 1127234/RJ, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª T., J. 06.02.2014, DJe 27.02.2014; AgRg-AgRg-EDcl-REsp 1141037/SC, Rel. Min. Og Fernandes, 6ª T., J. 02.05.2013, DJe 14.05.2013; REsp 1141465/SC, Relª Min. Alderita Ramos de Oliveira (Desª Conv. do TJ/PE), 6ª T., J. 11.12.2012, DJe 06.02.2013; AgRg-REsp 1372026/PB, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª T., J. 18.03.2014, DJe 22.04.2014. 2. Agravamento Regimental desprovido.” (STJ – AgRg-REsp 1.173.950 – (2009/0248060-5) – 6ª T. – Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro – DJe 01.08.2016 – p. 3170)

7793 – Pensão por morte – filha de servidor falecido – alegação de que constituiu família mediante união estável – questão prejudicial

“Direito processual civil. Gratuidade de justiça. Pedido não apreciado. Admissão implícita. Ação que tem por objeto a cessação do pagamento de pensão por morte. Filha de servidor falecido. Alegação de que constituiu família mediante união estável. Questão prejudicial que pode ser dirimida incidentalmente. Sentença anulada. I – A omissão do juízo de primeiro grau quanto ao pedido de gratuidade de justiça formulado pela parte importa na presunção de sua admissão implícita. II – Não pode subsistir a extinção do processo apoiada no fundamento de que a suposta existência da união estável, fato em tese passível de objetar o direito da parte à pensão oriunda da morte de seu pai, não pode ser discutida ou conhecida na ação intentada. III – Eventual incompetência do juízo para reconhecer ou declarar a existência da união estável não autoriza a extinção do processo, mas a remessa do processo ao juízo considerado competente ou, mais precisamente, a suspensão do processo ante a prejudicialidade externa de que trata o art. 265, inciso IV, alínea a, do CPC/1973. IV – Na hipótese em que é argüida como fundamento para excluir a percepção de pensão por morte, a união estável constitui autêntica questão prejudicial deduzida *incidenter tantum* que não afeta a competência do juízo e, muito menos, descortina impedimento de ordem processual. V – O estado civil ou o *status familiae* da parte, conquanto possa constituir objeto principal de ação autônoma, na demanda que tem por objeto o direito à pensão por morte representa simples antecedente lógico da resolução do mérito, isto é, questão prejudicial que pode ser conhecida e apreciada incidentalmente. VI – Salvo

quanto passa a constituir objeto da denominada ação declaratória incidental albergada nos arts. 5º e 325 da Lei Processual revogada, a questão prejudicial não compõe o objeto da causa e, por via de consequência, não é solucionada pelo juiz senão de forma incidental e sem reflexo na coisa julgada. VII – Recurso conhecido e provido.” (TJDFT – Proc. 20150110489310APC – (956655) – 4ª T.Cív. – Rel. James Eduardo Oliveira – J. 01.08.2016)

7794 – Sentença – reconhecimento de vínculo entre pai e filho – efeitos erga omnes – relação avoenga

“Recurso especial. Processual civil e direito de família. Sentença que reconheceu vínculo entre pai e filho. Efeitos *erga omnes*. Relação avoenga. Consequência jurídica da decisão. Coisa julgada. Violação. Não ocorrência. Ação declaratória incidental proposta pelo avô contra o neto. Pretensão de afastar a relação de parentesco sob o exclusivo fundamento de inexistência de vínculo biológico. Interesse de agir. Ausência. 1. Os efeitos da sentença, que não se confundem com a coisa julgada e seus limites subjetivos, irradiam-se com eficácia *erga omnes*, atingindo mesmo aqueles que não figuraram como parte na relação jurídica processual. 2. Reconhecida, por decisão de mérito transitada em julgado, a relação de parentesco entre pai e filho, a consecutiva relação avoenga (vínculo secundário) é efeito jurídico dessa decisão (CC/2002, art. 1.591), afigurando-se inadequada a ação declaratória incidental para a desconstituição do vínculo primário, sob o exclusivo argumento de inexistência de liame biológico. 3. Recurso especial não provido.” (STJ – REsp 1.331.815 – (2012/0133876-1) – Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira – DJe 01.08.2016 – p. 2332)

7795 – Separação judicial – cumprimento de sentença – restabelecimento de multa por descumprimento de decisão judicial

“Civil. Processual civil. Agravo regimental em agravo em recurso especial. Família. Ação de separação judicial. Cumprimento de sentença. (1) Recurso manejado sob a égide do CPC/1973. (2) Violação dos arts. 165, 458, I, II e III, 535, I e II, e 461, § 5º, do CPC. Omissão e falta de fundamentação inexistentes. (3) Pleito de restabelecimento de multa por descumprimento de decisão judicial. Pretensão de rediscussão de matéria já apreciada no tribunal local. Incidência da Súmula nº 7 do STJ. 1. Inaplicabilidade do NCPC neste julgamento ante os termos do Enunciado Administrativo nº 2 aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 09.03.2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. 2. Inexiste violação do art. 535 do CPC quando o Tribunal *a quo* se manifesta clara e fundamentadamente acerca dos pontos indispensáveis para o desate da controvérsia, sendo desnecessário rebater uma a uma as razões suscitadas pelas partes. 3. O Tribunal local, com base no conjunto fático-probatório dos autos, decidiu pelo afastamento da multa por descumprimento de decisão judicial aplicada nos autos de ação de separação em fase de cumprimento de sentença por reconhecer que o cônjuge varão tem envidado todos os esforços em cumprir o acordo firmado com sua ex-esposa. A pretendida reforma do julgado se mostra inviável, ante o óbice contido na Súmula nº 7 desta Corte. 4. Agravo regimental não provido.” (STJ – AgRg-Ag-REsp 626.320 – (2014/0314802-0) – 3ª T. – Rel. Min. Moura Ribeiro – DJe 01.07.2016 – p. 315)

7796 – Sobrepartilha – divórcio – regime da comunhão parcial de bens – FGTS – depósitos realizados na constância da sociedade conjugal

“Sobrepartilha. Divórcio. Regime da comunhão parcial de bens. FGTS. Depósitos realizados na constância da sociedade conjugal. Demissão sem justa causa e ajuizamento de ação trabalhista anteriores ao divórcio. Direito de levantamento da verba fundiária que nasceu durante o casamento. Demora judicial na solução da controvérsia trabalhista que não pode prejudicar direitos adquiridos. Inteligência do art. 1.659, VI, do CC. Precedentes do TJSP e do STJ. Sentença parcialmente reformada. Apelação provida.” (TJSP – Ap 0001602-48.2015.8.26.0439 – Pereira Barreto – 8ª CDPriv. – Rel. Alexandre Coelho – DJe 09.08.2016)

7797 – Sucessão – testamento público – doação

“Agravo interno nos embargos de declaração no agravo em recurso especial. Processual civil. Negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência. Direito civil. Sucessões. Testamento público. Doações. Reexame de provas. Súmula nº 7/STJ. 1. Não há falar em negativa de prestação jurisdicional se o tribunal de origem motiva adequadamente sua decisão, solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entende cabível à hipótese. 2. A reforma do julgado, que entendeu inexistir prova da alegada doação da mãe aos filhos, que importaria, em regra, adiamento de legítima, demandaria o reexame do contexto fático-probatório, procedimento vedado na estreita via do recurso especial, a teor da Súmula nº 7/STJ. 3. Agravo interno não provido.” (STJ – AgInt-EDcl-Ag-REsp 370.266 – (2013/0262867-3) – 3ª T. – Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva – DJe 08.08.2016 – p. 1263)

Comentário Editorial SÍNTESE

Trata-se de agravo interno interposto contra decisão que conheceu do agravo para negar provimento ao recurso especial.

Naquela oportunidade, afastou-se a alegada negativa de prestação jurisdicional e reputou-se necessária a análise do conjunto fático-probatório carreado aos autos.

Inconformada, a agravante interpõe o presente agravo interno, insistindo na alegada negativa de prestação jurisdicional e afirmando que o recurso especial não pretende revisar matéria fática.

O STJ negou provimento ao agravo interno.

O testamento é classificado como negócio jurídico, é um ato de vontade do testador definido em instrumento escrito em que se manifestará, depois de sua morte, sua última vontade referentes à destinação dos seus bens patrimoniais. Na definição do eminente Jurista Silvío de Salvo Venosa, o testamento é um negócio jurídico, como veremos:

“Como é manifestação de vontade destinada à produção de efeitos, o testamento é um negócio jurídico, com efeitos *causa mortis*. [...]”

O testamento público fica registrado em cartório, porém, a vontade do testador não é resguardado visto que essa forma de testamento permite que qualquer pessoa possa ter acesso ao que está descrito no seu conteúdo. A mudança no novo ordenamento é em relação às testemunhas, antes a exigência era que fosse em número de cinco e atualmente necessário apenas duas testemunhas.

Nas lições de Manoel Ubaldino de Azevedo vemos:

“Outra formalidade, que deve ser rigorosamente observada, é a da ‘unidade do ato’, no sentido de que ele seja continuado e se processe em uma só assentada *uno contextu*. Pequenas interrupções são toleradas. O essencial é que não se dissolva a reunião *in conspectu testatoris*, antes de concluído o ato. Não se pode, assim, em qualquer caso, adiar para momento mais oportuno, ainda que no mesmo dia, a sua conclusão. As testemunhas devem estar presentes, do começo ao fim, ouvindo as declarações do testador, assistindo à leitura do instrumento e lançando, afinal, suas assinaturas, logo depois do testador, devendo quem o fizer a rogo deste, declarar que nessa qualidade o faz.” (*Teoria e prática dos testamentos*. São Paulo: Saraiva, 1965. p. 78)

Rolf Madaleno, ao falar sobre testamento, assim nos elucida:

“Sob o manto da solenidade o legislador protege a manifestação de vontade do testador, sua autonomia, diminuindo as possibilidades de pressões físicas ou psíquicas.

Quaisquer das formalidades previstas, tanto intrínseca, como extrinsecamente, podem deixar de ser observadas, ou dispensadas, sob pena de nulidade do negócio, que pode ser decretado inclusive, de ofício pelo decisor.

Refere Pontes de Miranda que o Estado protege a última vontade; cerca-a de formas que a livrem de insidias e maquinações. Continua, ao explicar que a exigência de forma testamentária evita que o testador apressadamente manifeste a vontade e de certo modo mostra-lhe que é de grande relevância o ato que vai praticar. Por outro lado, diminui as possibilidades de pressões, de violências, de erros e de atendimentos a pedidos e promes-

sas. Além disso, a presença de testemunhas concorre para que se contenha, pondere e se precate o testador. Todo intervalo entre a deliberação de testar e a feitura do testamento fortalece a meditação do disponente. Quanto a terceiros, as formalidades testamentárias põem o testador a salvo de falsificações e de falsidades, bem como de violências. Muito se sabe sobre os males que resultavam das cartas de consciência. Herdeiros legítimos eram lesados pelas coações de estranhos, que o testador beneficiava, e das preterições momentaneamente causadas. Pessoas estranhas, e não só parentes, eram postas de lado por circunstâncias de intranquilidade do testador. Não só herdeiros legítimos. Daí não bastar o escrito, por mais perfeito e verdadeiro que seja, para que se repute feito o testamento. O rigor formal protege o testador e os que seriam por ele declarados herdeiros ou legatários. Trata-se de ato de última vontade, razão por que a técnica legislativa também há de cogitar de formalidades que assegurem a conservação do negócio jurídico... Com os pressupostos de forma, o que se tem por fito é maior segurança na expressão da vontade e na conservação do instrumento... Se o testamento não satisfaz as exigências formais, ou algumas delas, testamento não há. Se a satisfação é que foi insuficiente, há nulidade. Ser incompleta a observância, ou ser irregular, faz nulo o testamento. Não ter havido cumprimento de qualquer dos pressupostos, qualquer que seja, não é infração da lei; é omissão de requisito para a existência de testamento."

Na sucessão testamentária, diferentemente do que ocorre nos atos *inter vivos*, onde rege o princípio da liberdade de forma, predomina o princípio da solenidade, por cujo Enunciado, um ato só produz efeitos quando é realizado em cumprimento às formalidades impostas por lei. Para José Luis Pérez Lasala, a exigência de solenidades do testamento tem uma justificação específica, pois como a valoração de sua eficácia só terá lugar depois da morte do testador, sem que este pudesse esclarecer sua vontade, a interpretação da cédula decorre dela mesmo, e reclama por decorrência, sejam revestidas as declarações do testador, da seriedade, proteção e precisão que as solenidades legais resguardam.

Cumpra ter presente, outrossim, que estas formalidades prescritas para validade de um testamento, devem resultar do próprio testamento e não de outros atos provados por testemunhas, o que significa dizer que o testamento deve bastar-se por si mesmo e de suas próprias enunciações deve surgir a demonstração segura e retilínea, de que o ato foi coberto pelas solenidades legais.

Não é possível dispensar as observações doutrinárias de Clóvis Beviláqua com respeito às formas do testamento, quando assevera depender a eficácia da vontade última testada, da observância das formas prescritas em lei, para maior garantia e segurança de sua execução, pois que, resguardam a liberdade do testador e constituem prova de autenticidade do ato, visto representarem a vestimenta com a qual se exterioriza o pensamento nas disposições derradeiras. São por indiscutível, ritos substanciais dos testamentos, que a omissão fulmina de nulidade, como coloca Orisombo Nonato, pois, elenca os grandes interesses de ordem moral e material depositados para validade que suplanta à morte do testador, sendo impossível dilucidar-lhe o verdadeiro sentido, com uma interpretação pessoal, autêntica, causas de conseqüente, que inculcam uma precaução maior da conta para que o testamento, cinto de cautelas, possa representar o testemunho inequívoco, irrecusável do defunto.

Sendo salvaguarda da faculdade de testar e daí descansar a sucessão testamentária em índole especialíssima das relações por ela reguladas, não aceitando que terceiros venham exercer procuratório reflexivo e decisivo da derradeira vontade do testador. Convém recordar Enecerus-Kipp-Wolff, quando informam ser viável, reste o testador exposto a intentos, influxos de influência sobre o exercício da sua vontade, de modo que a única maneira de resolver estas dificuldades, consiste em que a lei exija do testador, que exponha a sua última vontade em um documento, revestido das solenidades acauteladoras.

O seu característico de ato solene e formal impede vigore o testamento sem a observância cabal e pontualíssima das formalidades de que a lei o cerca.

Para Pinto Ferreira, as formas são prescritas por lei para a garantia e validade da declaração de vontade do testador.

Não podem as partes ratificar o ato nulo, já escreveu Clóvis Beviláqua, pois inexistente testamento falecido de requisitos essenciais, sobretudo prudentes, ou mais que isto, vinculativos ao ato de dispor, dado que sendo o testamento ato unilateral que: 'que decorre da só vontade do testador, razão pela qual é necessário e prudente estabelecerem-se regras em torno dessa manifestação volitiva, o que é comum a todas as legislações'.

Caio Mário da Silva Pereira dilucida que o legislador cria as exigências de forma, com o intuito de preservar a idoneidade psicológica do testador e desta maneira, protege e dá autenticidade à volição derradeira, contra as insinuações captatórias, deformação e descompasso entre querer real e a sua externalização, sendo irrelevante indagar da ocorrência de eventual prejuízo e conclui: 'É, então, imprescindível seguir o roteiro solene exigido pela lei vigente ao tempo de sua feitura, para cada modalidade. Não cabe aqui nenhum ecletismo. A inobservância das solenidades impostas a um tipo de testamento não se poderá suprir com a obediência às de outra forma'.

San Tiago Dantas em elucidativa sentença justifica as razões porque se cercam de excepcional formalismo os atos jurídicos em matéria de testamento e explica, que: 'assim como em matéria de casamento a omissão de formalidades extrínsecas só conduz à nulidade muito raramente, dado o favor *matrimonii* com que se examinam todas as nulidades, em matéria de testamento, ao contrário, a omissão das formalidades reputadas essenciais pela lei, conduz com frequência, ao aniquilamento do ato'.

O testamento reclama especial meditação de conteúdo e de forma externa, porquanto a lei regulou solenidades, inibindo composições, pois como muito bem coloca Arnaldo Wald, o direito moderno conserva exigências formais em matéria de Direito Sucessório e, especialmente, em relação ao testamento, que pela sua própria função e natureza visa a modificar ou a inverter uma ordem de atribuição de bens estabelecida pela própria lei.

A exigência e a observância de formalidades decorrem da definição contida no art. 1.626 do Código Civil, ao referir que o testamento é um negócio jurídico solene e só vale se feito de conformidade com a lei, quer no seu aspecto formal, quer no seu aspecto material, iluminando Zeno Veloso com o argumento intransponível, dessa escravidão da forma significar em realidade, a libertação da idéia, do pensamento e da vontade, 'através da certeza, da segurança e da garantia de sua autenticidade, o que é tão necessário, especialmente no testamento, por seu finalismo individual, familiar, social, material e moral, de tão graves e intensas repercussões'.

Paulo de Lacerda explica que os testadores não podem dispensar e nem se apartar da forma dos testamentos regulada por lei; pois doutra forma ele é nulo e invoca os arts. 82 e 129 do Código Civil, em que o primeiro dispõe que a validade do ato jurídico requer agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei e o segundo dispositivo, diz que a validade das declarações de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir; trazendo à baila, por complemento, os arts. 130 e 145, também do Diploma Substantivo Civil; em que o primeiro dispõe que não vale o ato, que deixar de revestir a forma especial, determinada em lei, salvo quando esta comine sanção diferente contra a preterição da forma exigida e o último, dispõe ser nulo o ato jurídico quando praticado por pessoa absolutamente incapaz; quando não revestir a forma prescrita em lei; quando for preterida alguma solenidade que a lei considera essencial para sua validade; quando a lei taxativamente declarar nulo, ou lhe negar efeito, só valendo o testamento que efetivamente se revestir das regras prescritas para a sua confecção eficaz, vale dizer, perfeito em sua formação, sob todos os ângulos, em toda a sua substância *ad solemnitatem* e não *ad probationem*.

Este conjunto de formalidades que dá uma ritualização essencial e necessariamente formal à facção testamentária, própria e inerente a esse ato jurídico unilateral, que conta seus efeitos para quando seu autor já não mais estiver presente para defendê-lo, disso importando cada passo do seu ritual e das pessoas que, conjuntamente participam do testamento, sempre com o intuito de assegurar a liberdade do testador e a veracidade de suas disposições." (Testamento, Testemunhas e Testamenteiro: uma brecha para a fraude. Disponível em: <http://online.sintese.com>)

7798 – Testamento particular – formalidades legais – cumpridas – possibilidade

“Apelação cível. Civil e processo civil. Ação de confirmação e publicação de testamento. Testamento particular. Formalidades legais. Cumpridas. Possibilidade de confirmação pelo juízo. Gratuidade de justiça. Condição de herdeiro. Questão de alta indagação. Incompatível com procedimento especial de jurisdição voluntária. Sentença mantida. 1. O testamento particular ou hológrafo um instrumento redigido em sua inteireza pelo declarante e, em seguida, lido e assinado na presença de três testemunhas, sem qualquer exigência de autoridade ou registro em cartório, respeitadas as exigências do art. 1.876 do Código Civil. 2. Tendo o testamento particular em questão cumprido as formalidades necessárias para a sua confirmação em juízo que confirmou sua validade. 3. No momento da confirmação do testamento é autorizado que o juiz, observados outros elementos, possa confirmar o testamento ainda que não estejam presentes todas as testemunhas, conforme a redação do parágrafo único do art. 1878 do Código Civil. 4. A declaração de hipossuficiência, firmada nos termos do art. 4º da Lei nº 1.060/1950, goza de presunção relativa de veracidade para fins de concessão da gratuidade de justiça, podendo ser afastada mediante prova em contrário. 5. Incumbe ao magistrado aferir os elementos do caso concreto, para conceder o benefício da gratuidade de justiça aos cidadãos que dele efetivamente necessitem para acessar o Poder Judiciário. No caso dos autos, contudo, extrai-se que não há dados capazes de desabonar a tese defendida pela parte, razão pela qual devem ser concedidos os benefícios da gratuidade de justiça. 6. Questão pertinente à filiação deverá ser objeto de ação própria, no juízo competente, pelo procedimento comum, rito ordinário, por apresentar questões de alta indagação, por ser incompatível com o rito do procedimento de jurisdição voluntária, até porque, consta nos autos sentença transitada em julgado declarando que a falecida não era sua genitora. 7. Recursos conhecidos e desprovidos.” (TJDFT – Proc. 20110110736553APC – (957327) – 2ª T.Cív. – Relª Gislene Pinheiro – J. 01.08.2016)

7799 – Testamento público – pedido de abertura, registro e cumprimento – acolhimento

“Apelação. Testamento público. Pedido de abertura, registro e cumprimento. Acolhimento. Inconformismo de herdeiros. À luz dos arts. 1.126 e 1.128 do Código de Processo Civil de 1973 (aplicável ao caso em tela), somente os vícios extrínsecos do testamento impedem a determinação de registro e cumprimento das disposições testamentárias. O apelo versa sobre vícios intrínsecos, atinentes à eiva na manifestação da vontade da testadora. Via inadequada para discussão de tais questões. Precedente desta 3ª Câmara de Direito Privado e deste Tribunal de Justiça. Manutenção da r. sentença. Negado provimento ao recurso.” (v. 22951). (TJSP – Ap 1002098-10.2015.8.26.0100 – São Paulo – 3ª CDPPriv. – Relª Viviani Nicolau – Dje 03.08.2016)

7800 – União estável – ação declaratória – foro – incapaz – competência relativa

“Agravo regimental no agravo em recurso especial. Ação declaratória de união estável. Foro. Incapaz. Competência relativa. Conexão entre ação declaratória de existência de união estável e o inventário do falecido. Não ocorrência. Reexame de provas. Súmula nº 7/STJ. Dissídio jurisprudencial. Não demonstração. Possibilidade jurídica do pedido. 1. O foro privilegiado do incapaz, nos termos do art. 98 do CPC/1973, é de competência relativa. 2. Não há conexão entre a ação declaratória de existência de união estável e o inventário do *de cuius*, pois inexistente identidade parcial objetiva (objeto ou causa de pedir) entre as demandas. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende que eventuais reflexos indiretos da declaração não são aptos a justificar o deslocamento da competência. 3. Quando as conclusões da Corte de origem resultam da estrita análise das provas carreadas aos autos e das circunstâncias fáticas que permearam a demanda, não há como rever o posicionamento em virtude da aplicação da Súmula nº 7/STJ. 4. A divergência jurisprudencial, nos termos do art. 541, parágrafo único, do CPC/1973 e do art. 255, § 1º, do RISTJ, exige comprovação e demonstração, esta, em qualquer caso, com a transcrição dos julgados que configurem o dissídio, a evidenciar a similitude fática entre os casos apontados e a divergência de interpretações, o que não restou evidenciado na espécie. 5. Ocorre impossibilidade jurídica do pedido quando há vedação expressa no ordenamento legal ao seu deferimento, ou,

ainda, quando não haja previsão de um tipo de providência. 6. Agravo regimental não provido.” (STJ – AgRg-Ag-REsp 332.957 – (2013/0121235-0) – 3ª T. – Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva – DJe 08.08.2016 – p. 1262)

Comentário Editorial SÍNTESE

Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão desta relatoria que conheceu do agravo para negar seguimento ao recurso especial em virtude dos óbices das Súmulas nºs 7 e 83/STJ e pela não comprovação do dissídio jurisprudencial

Insiste o agravante:

“(i) um dos herdeiros deixados pelo *de cuius*, Carlos Alberto Alves Avelar, não possui plena capacidade civil, fato que exige inclusive a intervenção do D. Ministério Público, como *custos legis*;

(ii) incabível ação declaratória para fins de reconhecimento de união estável, ante o disposto no art. 4º, I, do CPC; e

(iii) incontestes a conexão entre a ação de reconhecimento de união estável e o inventário”.

O STJ negou provimento ao agravo regimental.

O Jurista Euclides de Oliveira, discorrendo sobre a questão da competência da ação de reconhecimento de união estável, assim assevera:

“Assim já se entendia antes mesmo da Lei nº 8.971/1994. Agora, com o reconhecimento legal dos direitos a alimentos e sucessão entre companheiros, virtualmente modificadas as disposições civis e processuais sobre a matéria, já não subsistem dúvidas quanto à competência das varas especializadas em família e sucessões, para o processamento e julgamento das ações ajuizadas àquele título.

O mesmo se diga das ações relativas à meação entre companheiros, pois também resultam no reconhecimento de união estável que lhes abre a porta para os consectários direitos à assistência alimentar e petição de herança, sem falar que pode haver cumulação dos pedidos com fundamento no mesmo substrato fático da vida em comum.

Nessa mesma linha de raciocínio, importa lembrar que o reconhecimento da união estável, nas referidas ações, tem outras consequências no plano familiar, em especial a possibilidade da conversão da união de fato em casamento, na pendência de regulamentação por lei específica, conforme já anotamos.

E depois, é o juiz de família quem se acha mais preparado e aparelhado para o julgamento de semelhantes questões, não só pela especialização no trato da matéria, mas porque dispõe de melhor infraestrutura técnica, com serviços auxiliares de psicólogos e assistentes sociais.” (Concubinato – Ações derivadas da Lei nº 8.971/1994: competência das Varas de Família e de Sucessões. *Repertório de Jurisprudência IOB*, São Paulo, v. III, nº 06/1996, p. 105, artigo nº 3/11833, 2. quin. mar. 1996)

7801 – União estável – ação de obrigação de fazer – tutela antecipada – pensionista de servidora falecida

“Apelação cível. Ação de obrigação de fazer c/c tutela antecipada. Pensionista de servidora falecida. Extinção do benefício em razão da constituição de união estável. Inteligência do art. 149, III da LC 180/1978, com a redação que lhe foi dada pela LC 1.012/2007. Ainda que a convivência tenha se iniciado antes da alteração da lei, a Constituição Federal e o Código Civil já equiparavam a união estável ao casamento a fim de conferir aos companheiros os mesmos direitos e deveres estabelecidos aos cônjuges. Sentença de improcedência mantida. Precedentes. Recurso desprovido.” (TJSP – Ap 1006274-10.2015.8.26.0269 – Itapetininga – 7ª CDPúb. – Rel. Eduardo Gouvêa – DJe 08.08.2016)

7802 – União estável – ação de reconhecimento e dissolução – sentença transitada em julgado – rediscussão – impossibilidade

“Apelação. Direito civil. Direito processual civil. Arbitramento de aluguel. Preliminar de ofício. Inovação recursal. Imóvel partilhado em ação de reconhecimento e dissolução de união estável.

Sentença transitada em julgado. Rediscussão. Impossibilidade. Imóvel. Uso exclusivo por apenas um dos companheiros. Fixação de aluguel em benefício do cônjuge privado da fruição do imóvel. Possibilidade. Compensação de valores com outro bem comum do casal. Propriedade. Não comprovação. Defensoria pública. Honorários. Fixação. Possibilidade. Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, não provido. Sentença mantida. 1. Dispõe o art. 517, do CPC que as questões de fato não formuladas no juízo de primeiro grau não podem ser suscitadas perante a segunda instância, salvo em caso de comprovada impossibilidade, por motivo de força maior, que não ocorreu na hipótese vertente. 2. O reconhecimento e dissolução de união estável, bem como a partilha do imóvel do casal, já homologados por sentença da qual as partes abriram mão do prazo recursal, estão acobertados pelo manto da coisa julgada, sendo impossível sua rediscussão neste feito. A jurisprudência é pacífica quanto ao direito do condômino, que não se encontra na posse do bem em condomínio, ao recebimento de aluguel referente à sua quota-parte, desde a citação até o término da ocupação exclusiva do imóvel. 4. Apesar de a apelante alegar que o aluguel de imóvel semelhante se dá em valores muito inferiores, não demonstrou nos autos a veracidade desta afirmação, não se desincumbindo do ônus da prova. Além disso, não houve impugnação da avaliação realizada pelo Sr. Oficial de Justiça, restando preclusa esta questão. 5. Se não houve comprovação de propriedade de bem que a apelante pretende compensar com os alugueres, é impossível partilhá-lo ou utilizá-lo para que se compensem valores devidos entre as partes. 6. O STJ possui entendimento no sentido de que é possível arbitrar honorários advocatícios sucumbenciais em favor da Defensoria Pública, ressalvado o caso em que restar configurada a confusão entre essa e a pessoa jurídica da qual faça parte. 7. Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, não provido. Sentença mantida.” (TJDFT – Proc. 20150910030567APC – (957193) – 1ª T.Cív. – Rel. Romulo de Araujo Mendes – J. 05.08.2016)

7803 – União estável – dissolução – partilha de bens – condomínio

“Civil. Família. Dissolução de união estável. Partilha de bens. Condomínio. Liquidação de sentença em vara de família. Incompetência absoluta em razão da matéria. Decisão transitada em julgado. Transcurso do prazo decadencial da rescisória. Descumprimento dos termos de partilha. Bem imóvel. Usufruto exclusivo por uma das partes. Direito a alugueres correspondentes aos frutos oriundos do quinhão estabelecido em partilha. 1. Tratando-se de sentença abarcada por incompetência absoluta, a nulidade pode ser buscada até o transcurso do prazo decadencial para propositura de demanda rescisória. Ultrapassado o lapso temporal não há como ignorar a coisa julgada. 2. Estabelecido o condomínio, oriundo da partilha de bens do casal, são devidos os frutos correspondentes ao quinhão instituído. Inteligência dos arts. 1.319 e 1.326 do CC. 3. Assegura-se o direito do ex-companheiro de percepção de alugueres na proporção de sua propriedade ante o usufruto exclusivo de imóvel apenas pela parte adversa. 4. Recurso desprovido.” (TJDFT – Proc. 20150110869958APC – (956849) – 6ª T.Cív. – Rel. Carlos Rodrigues – J. 02.08.2016)

7804 – União estável – foro – incapaz – competência relativa

“Agravo regimental no agravo em recurso especial. Ação declaratória de união estável. Foro. Incapaz. Competência relativa. Conexão entre ação declaratória de existência de união estável e o inventário do falecido. Não ocorrência. Reexame de provas. Súmula nº 7/STJ. Dissídio jurisprudencial. Não demonstração. Possibilidade jurídica do pedido. 1. O foro privilegiado do incapaz, nos termos do art. 98 do CPC/1973, é de competência relativa. 2. Não há conexão entre a ação declaratória de existência de união estável e o inventário do *de cujus*, pois inexistente identidade parcial objetiva (objeto ou causa de pedir) entre as demandas. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende que eventuais reflexos indiretos da declaração não são aptos a justificar o deslocamento da competência. 3. Quando as conclusões da Corte de origem resultam da estrita análise das provas carreadas aos autos e das circunstâncias fáticas que permearam a demanda, não há como rever o posicionamento em virtude da aplicação da Súmula nº 7/STJ. 4. A divergência jurisprudencial, nos termos do art. 541, parágrafo único, do CPC/1973 e do art. 255, § 1º, do RISTJ, exige comprovação e demonstração, esta, em qualquer caso, com a transcrição dos julgados que configurem o dissídio, a evidenciar a similitude fática entre os casos apontados e a divergência de interpretações, o

que não restou evidenciado na espécie. 5. Ocorre impossibilidade jurídica do pedido quando há vedação expressa no ordenamento legal ao seu deferimento, ou, ainda, quando não haja previsão de um tipo de providência. 6. Agravo regimental não provido.” (STJ – AgRg-Ag-REsp 332.957 – (2013/0121235-0) – 3ª T. – Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva – DJe 08.08.2016 – p. 1262)

7805 – União estável – prova – documentos que demonstram a convivência pública, contínua e duradoura, com *intuitu familiae* – dependente

“Remessa necessária. Servidor estadual. Inclusão de dependente. Companheira. Lei Complementar Estadual nº 64/2002. União estável. Prova. Documentos que demonstram a convivência pública, contínua e duradoura, com *intuitu familiae*. Dependente. Percebimento da pensão mensal desde o falecimento. Pecúlio. Inscrição como dependente. Cota-parte. Consectários legais. Juros de mora e correção monetária. Provimento parcial. 1. Se a Lei Complementar Estadual nº 64/2002 prevê o *status* de dependente, à companheira do servidor, provada a existência da união estável, através de documentos que demonstram a convivência pública, contínua e duradoura, com *intuitu familiae*, é cabível a inclusão da companheira do requerente como dependente, mormente quando, na hipótese, o estado de dependência econômica é presumido pela referida lei complementar. 2. Reconhecida a união estável e, por conseguinte, a condição de dependente, a parte autora faz jus ao recebimento da pensão por morte a que se refere o inciso II do art. 6º da Lei Complementar nº 64/2002, desde a data de óbito do segurado (art. 20, da Lei Complementar nº 64/2002). 3. Diante da equiparação do companheiro ao cônjuge, ademais expressamente reconhecida pelo parágrafo único do art. 9º do Decreto nº 45.514/2010 que regulamenta o Fundo de Assistência ao Pecúlio dos Servidores Públicos do Estado de Minas Gerais, a parte autora, ademais inscrita como beneficiária para o referido fim, faz jus ao pagamento de sua cota-parte – metade – do valor pelo deixado pelo servidor falecido a título de pecúlio. 4. Com o advento da Lei nº 11.960/2009, os débitos judicialmente reconhecidos contra a Fazenda Pública, devem ser corrigidos pelos índices de remuneração básica da caderneta de poupança até 25 de março de 2015, a partir de quando a atualização deverá observar o IPCA e acréscido de juros de mora, observando-se, para tanto, os juros da caderneta de poupança. 5. Sentença parcialmente reformada para adequação dos consectários legais.” (TJMG – RN 1.0338.12.001527-0/002 – 6ª C.Cív. – Relª Sandra Fonseca – DJe 03.08.2016)

Comentário Editorial SÍNTESE

Cuida-se de remessa necessária relativa à r. sentença, nos autos da ação ordinária proposta contra o IPSEMG – Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais –, julgou procedente o pedido para: 1) reconhecer o direito da parte autora ao recebimento de pensão mensal, em razão do óbito do ex-servidor João Vassalo Filho, a partir de 26 de agosto de 2011, obedecida a legislação vigente à época do óbito; 2) determinar que o valor retroativo seja apurado em liquidação de sentença, devendo sobre o montante devido incidir correção monetária nos termos da tabela divulgada pela CGJMG e juros de mora equivalentes aos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicáveis à caderneta de poupança, nos termos do art. 1º-F, da Lei Federal nº 9.494/1997, conforme redação conferida pela Lei nº 11.960/2009; 3) condenar a parte ré a pagar à parte autora o valor de R\$ 54.418,23 (cinquenta e quatro mil quatrocentos e dezoito reais e vinte e três centavos), referente ao pecúlio, determinando que o valor seja corrigido monetária pelos índices da CGJMG, a contar do ajuizamento, e acréscido de juros de mora equivalentes aos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicáveis à caderneta de poupança, nos termos do art. 1º-F, da Lei Federal nº 9.494/1997, conforme redação conferida pela Lei nº 11.960/2009; 4) condenar a parte ré ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R\$ 1.000,00 (hum mil reais).

Pretende a autora o reconhecimento de sua qualidade de dependente, na qualidade de companheira e, conseqüentemente, do seu direito ao recebimento da pensão por morte, em decorrência do óbito do ex-servidor João Vassalo Filho, com o qual mantinha relação de união estável, ocorrida em 26 de agosto de 2011.

No caso dos servidores estaduais civis é aplicável a Lei nº 64, de 2002, que dispõe:

“Art. 4º São dependentes do segurado, para os fins desta lei:

I – o cônjuge ou companheiro e o filho não emancipado, menor de vinte e um anos ou inválido;

[...]

§ 4º Considera-se companheiro a pessoa que mantenha união estável com o segurado, na forma da lei civil.

§ 5º A dependência econômica das pessoas de que trata o inciso I do *caput* deste artigo é presumida, e a das demais será comprovada.”

Como se depreende da leitura da legislação acima citada, o art. 4º, da Lei Complementar Estadual nº 64/2002 exige para a tomada de *status* de dependente, a condição de companheiro, ou companheira, referente àquela pessoa que mantém, com o segurado, união estável, na forma do § 4º, inclusive presumindo a situação de dependência econômica na hipótese, na forma do § 5º.

Acerca da união estável, dispõe o art. 1.723, do Código Civil:

“Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.”

Desta forma, para o deslinde da questão litigiosa contida no presente processo, mister se faz a análise da prova dos autos, no sentido de se averiguar se, na convivência do servidor falecido com a parte autora, Iraci Hermógenes Batista, estavam presentes os requisitos para a configuração de união estável entre os conviventes.

No presente caso, consoante os documentos acostados nos autos demonstra-se que o falecido e a requerente tinham um relacionamento público, notório e duradouro, restando patente a intenção do casal de constituir família.

O relator assim julgou:

“Com tais considerações, na remessa necessária reformo parcialmente a sentença proferida apenas para determinar que o valor devido em decorrência da condenação da parte ré ao pagamento retroativo da pensão por morte, seja calculado desde a data do óbito do segurado, bem como o montante devido a título de pecúlio, sejam: 1) corrigidos monetariamente, desde a data em que deveria ter ocorrido o pagamento, pelos índices de remuneração básica da caderneta de poupança, sendo que a partir de 25 de março de 2015, a atualização monetária sobre as parcelas condenatórias deverá ocorrer pelo IPCA; 2) determinar que sobre montante da condenação – pensão por morte retroativa e pecúlio – incidam juros de mora, pelos índices da caderneta de poupança, a partir da citação.”

O Jurista Euclides de Oliveira, discorrendo sobre a questão da competência da ação de reconhecimento de união estável, assim assevera:

“Assim já se entendia antes mesmo da Lei nº 8.971/1994. Agora, com o reconhecimento legal dos direitos a alimentos e sucessão entre companheiros, virtualmente modificadas as disposições civis e processuais sobre a matéria, já não subsistem dúvidas quanto à competência das Varas Especializadas em Família e sucessões, para o processamento e julgamento das ações ajuizadas àquele título.

O mesmo se diga das ações relativas à meação entre companheiros, pois também resultam no reconhecimento de união estável que lhes abre a porta para os consectários direitos à assistência alimentar e petição de herança, sem falar que pode haver cumulação dos pedidos com fundamento no mesmo substrato fático da vida em comum.

Nessa mesma linha de raciocínio, importa lembrar que o reconhecimento da união estável, nas referidas ações, tem outras consequências no plano familiar, em especial a possibilidade da conversão da união de fato em casamento, na pendência de regulamentação por lei específica, conforme já anotamos.

E depois, é o juiz de família quem se acha mais preparado e aparelhado para o julgamento de semelhantes questões, não só pela especialização no trato da matéria, mas porque dispõe de melhor infraestrutura técnica, com serviços auxiliares de psicólogos e assistentes sociais.” (Concubinato – Ações derivadas da Lei nº 8.971/1994: competência

das Varas de Família e de Sucessões. *Repertório de Jurisprudência IOB*, São Paulo, v. III, nº 06/1996, p. 105, artigo nº 3/11833, 2. quinzena mar. 1996)

Sobre a diferença entre união estável e concubinato no novo Código Civil, vejamos as lições de Marco Túlio Murano Garcia:

“Da mesma forma, o NCCB fez clara distinção entre união estável e concubinato, a primeira materializada pela união entre pessoas que abraçam o relacionamento de fato livremente, por opção, a despeito de poderem se casar, se quiserem, ou seja, a união entre pessoas não impedidas de se casar, e o segundo caracterizado pela união de pessoas impedidas de se casar, que, então, optam pelo relacionamento de fato diante da impossibilidade de contraírem núpcias.

A distinção é mais relevante do que pode parecer num primeiro espasmo. O legislador fez clara distinção entre as figuras do ‘concubinato puro’ (= união de pessoas livres para o casamento) e do ‘concubinato impuro’ (= união de pessoas impedidas), definindo o ‘concubinato puro’ como união estável, digna de toda proteção como instituto de direito de família, e o ‘concubinato impuro’ simplesmente como concubinato, cujos efeitos parecem estar fora do âmbito do direito de família, aplicando-se a tal espécie de relação às teorias da sociedade de fato e da indenização por serviços prestados, forte no princípio que veda o enriquecimento sem causa.

De fato, o primeiro problema que se apresenta diante da distinção claramente efetivada pelo NCCB é este: como será tratado o concubinato? Isto porque o NCCB criou 2 (dois) institutos que são distintos. A união estável, cujos efeitos vieram definidos, e o concubinato, para o qual não houve nenhuma previsão de eficácia ou de tratamento, o que ficará por conta da jurisprudência.

Antes de prosseguir referindo esta questão da regulação da eficácia do concubinato, pedimos vênua para abrir um parêntese e mencionar que concordamos com esta distinção entre união estável e concubinato, inclusive do ponto de vista do seu principal efeito, que é o de excluir o concubinato da proteção que se dá à família oriunda do casamento, da união estável e também à monoparental. Tenho, principalmente no que diz com os relacionamentos que envolvem pessoas casadas, e neste tanto forte na opinião de Rodrigo da Cunha Pereira, que o primado da monogamia exige tal postura do legislador. Ou abolimos a monogamia ou negamos eficácia aos relacionamentos adúlteros ou paralelos, sob pena de instalarmos a insegurança jurídica, que deve ser evitada a todo custo.

Houve um tempo em que era justificável a proteção de relações adúlteras, diante da dificuldade que representava dissolver um casamento, seja do ponto de vista da moral social (resistência e preconceito), seja do ponto de vista jurídico (acesso muito estreito, primeiro apenas à separação e depois ao divórcio), de sorte que muitas pessoas só encontravam o caminho da felicidade e da realização pessoal por meio de relações adúlteras. Não por sua vontade e sim por imposição legal e social.

Hoje, todavia, as coisas não se passam mais desta maneira. A sociedade é muito mais tolerante e o direito, sobretudo depois do advento da CF/1988, consagrou enorme abertura para a separação e para o divórcio, não se justificando mais, sob nenhum prisma, que uma determinada pessoa escolha o caminho de um relacionamento clandestino. Se faz esta escolha, o faz livremente, não sendo lúdima a intenção de, posteriormente, pretender extrair efeitos desta relação, sobretudo em detrimento da posição do cônjuge, quase sempre ignorante quanto ao relacionamento paralelo.

E não vai aqui nenhuma carga de preconceito. Muito pelo contrário, posto que somos mesmo a favor da poligamia institucionalizada, da qual poderão ser adeptos aqueles que livremente escolherem. Tudo é uma questão de liberdade e autodeterminação. Ou você se casa ou não se casa! Admitimos mesmo, sem maiores considerações, que alguém possa viver um relacionamento paralelo ao casamento, se isto lhe trouxer satisfação pessoal, mas daí a querer extrair efeitos jurídicos, pessoais (ex.: alimentos) e patrimoniais (ex.: partilha de bens) de tal relacionamento é outra coisa.

O que não se pode admitir, tanto do ponto de vista do cônjuge ignorante (que desconhece o relacionamento paralelo) quanto de terceiros que travem relações negociais com qualquer dos partícipes de uma relação com esta marca, é que possam vir a ter seus negócios

questionados ou afetados, por exemplo, por uma demanda de índole patrimonial entre os concubinos, onde se possa questionar a alienação de bens imóveis adquiridos durante o concubinato e mediante esforço comum. Também não parece legítimo obrigar o cônjuge alheio ao relacionamento paralelo a dividir patrimônio e/ou um benefício de aposentadoria com o concubino sobrevivente.

Admissível, em tese, seria proteger – até mesmo sob os auspícios da união estável (no mínimo quanto à partilha de patrimônio que tivesse auxiliado a adquirir, direta ou indiretamente) – o concubino de boa-fé, ou seja, aquele que vivesse uma relação paralela ignorando o estado de casado do outro, aplicando-se, nesta hipótese, a teoria do casamento putativo, que socorre o cônjuge que ignorar vício capaz de implicar a nulidade ou a anulação do casamento. Isto em nome da boa-fé.

O TJRS, em recente julgado, que, muito embora prolatado antes da vigência do NCCB, ainda se mostra atual ante o raciocínio que desenvolvemos, decidiu exatamente o seguinte:

‘A união estável é entidade familiar e o nosso ordenamento jurídico sujeita-se ao princípio da monogamia, não sendo possível juridicamente reconhecer uniões estáveis paralelas, até porque a própria recorrente reconheceu em outra ação que o varão mantinha com outra mulher uma união estável, que foi judicialmente declarada. Diante disso, o seu relacionamento com o *de cujus* teve cunho meramente concubinário, capaz de agasalhar uma sociedade de fato, protegida pela Súmula nº 380 do STF. Essa questão patrimonial esvaziou-se em razão do acordo entabulado entre a autora e a sucessão. Recurso desprovido, por maioria.’ (AC 70001494236, 7ª C.Cív., Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, DOERS 14.02.2001)

Importante também foi a consagração pelo NCCB da ressalva há muito acolhida pela doutrina e jurisprudência, no sentido que a separação de fato e a separação judicial de um dos partícipes da união estável, em que pese o impedimento formal para o casamento determinado por tais situações, não inibe o aperfeiçoamento ou caracterização da união estável.

Com efeito, em que pese o separado de fato ainda ser formalmente casado e, portanto, impedido de se casar, o fato é que a separação de fato, sobretudo depois do lapso de 2 (dois) anos após o qual é possível o divórcio direto, na prática, produz efeitos tão densos quanto a separação judicial, não sendo justificável que um casamento, que nesta altura está relegado a uma mera reminiscência cartorial, possa ser obstáculo para a caracterização da união estável.” (GARCIA, Marco Túlio Murano. União estável e concubinato no novo Código Civil. *Juris Síntese*, Porto Alegre: IOB Thomson, maio/jun. 2005. 53 CD-Rom)

7806 – Usufruto vitalício – erro de fato – ausência de erro de interpretação de lei

“Administrativo. Auxílio-moradia. Membro do MPDFT. Situação anterior à Resolução nº 117/2014. CNMP. Portaria nº 652/2013. PGR. Ressarcimento ao Erário. Requisitos não preenchidos. Existência de usufruto vitalício. Erro de fato. Ausência de erro de interpretação de lei. Segurança denegada. 1. A orientação jurisprudencial pátria é no sentido de que, em havendo erro na interpretação da lei, resta caracterizada a boa-fé do administrado no recebimento de valores. Todavia, em se tratando de erro de fato ou procedimental (omissão de informação), evidencia-se a precariedade do recebimento de montante a título de auxílio-moradia, emergindo necessário o ressarcimento ao Erário. Precedentes do c. STJ. 2. Vindo à tona a condição de usufrutuário vitalício de imóvel residencial, imperiosa a adoção de medidas atinentes ao questionamento da legalidade do pagamento de auxílio-moradia, nos termos do que preconizava a Portaria nº 652/2013 – PGR. 3. Segurança denegada. Agravo Regimental prejudicado.” (TJDFT – Proc. 20150020304463MSG – (957820) – C.Esp. – Rel. J. J. Costa Carvalho – J. 04.08.2016)

IAB defende no STF direito sucessório igual para cônjuges e companheiros

O Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso admitiu, nesta quinta-feira (4/8), o ingresso do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB) como *amicus curiae* no recurso extraordinário que discute a constitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil. O dispositivo trata do direito sucessório e dá tratamento diferenciado a cônjuges e companheiros em uniões estáveis. Na sessão, o IAB defendeu o tratamento igualitário para cônjuges e companheiros. “Não é possível esquecer que, segundo pesquisa divulgada pelo IBGE, em 2012, um terço dos casais no Brasil vive junto sem oficialização, ou seja, expressivo número de membros da nossa sociedade, hoje formada por cerca de 200 milhões de habitantes, vive em união estável”, ressalta Luiz Paulo Vieira de Carvalho, Presidente da Comissão de Direito de Família e Sucessões do IAB. Carvalho será o responsável pela sustentação oral durante o julgamento. Luiz Paulo Carvalho classifica de “indesejada” a distinção de tratamento sucessório entre cônjuges e companheiros sobreviventes, “ambos integrantes de entidades familiares fundamentais à sociedade, objetivando uma comunhão de vida íntima, em caráter de permanência, baseada no afeto e na solidariedade”. Para ele, o Código Civil de 2002 procurou inovar “e, infelizmente, retrocedeu ao dispor sobre o direito sucessório dos companheiros sobreviventes, ao discriminá-los, comparativamente aos cônjuges sobreviventes, ferindo, com isso, o valor maior da dignidade da pessoa humana”. Carvalho destaca, contudo, que não se pretende afirmar que o casamento e a união estável são instituições sociais rigorosamente iguais. “O casamento é a união de direito, solene, pomposa, com fiscalização prévia do Poder Público, enquanto a união estável é um enlace informal, sem depender de ato jurídico exterior para a sua existência”, explica. Ao mesmo tempo, Luiz Paulo Vieira de Carvalho defende que, “ao menos em relação ao conteúdo jurídico dos efeitos emanados pela formação de ambas as famílias, deve haver uma salutar igualdade civil-constitucional, com base nos princípios da isonomia, da solidariedade e da vedação do retrocesso social”. Na sua opinião, o entendimento de que a união estável é igualmente uma família e, portanto, tem inegável igualdade constitucional frente à família constituída pelo casamento (art. 226, *caput*, da Constituição), leva à conclusão de que o art. 1.790 do Código Civil está restringindo inconstitucionalmente os direitos do companheiro e da companheira. Carvalho aponta, ainda, que o entendimento do IAB é acompanhado por decisões proferidas pelos Órgãos Especiais dos Tribunais de Justiça do Rio de Janeiro, do Paraná, Santa Catarina e de Sergipe. Informa também que tramita na Câmara Federal o Projeto de Lei nº 508/2007, visando à revogação do artigo, para o fim de igualar os direitos sucessórios entre o cônjuge e o companheiro. Também participarão do julgamento no STF a Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS), que estará representada pelo advogado Ives Gandra Martins, e o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), que tem o advogado Gustavo Tepedino entre os que subscreveram o pedido de ingresso da entidade como *amicus curiae*. RE 878.694. (Conteúdo extraído do *site* do Supremo Tribunal Federal)

Turma do STJ destitui poder familiar de usuários de drogas sobre seus cinco filhos

Considerando a completa desestruturação familiar, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça manteve decisão do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul que retirou dos pais a guarda dos seus cinco filhos menores. A ação de destituição de poder familiar havia sido ajuizada pelo Ministério Público estadual por causa do total descaso e desinteresse demonstrados pelos pais. Justiça considerou que crianças estavam em situação de vulnerabilidade, por isso destituiu poder familiar de pais. Segundo o MP, os filhos estavam em situação de vulnerabilidade pelo fato de seus pais serem usuários de drogas, não terem emprego e residência fixa e viverem em situação de risco. Sustentou, ainda, que os demais familiares das crianças não demonstraram interesse nem condições para assisti-las. A família chegou a ser acompanhada por medida de proteção judicial, encaminhada para tratamento psicológico, e os pais inseridos no mercado de trabalho, mas a situação não se reverteu. De acordo com relatos, até cestas básicas fornecidas por um projeto social eram utilizadas pelos pais como moeda de troca em “bocas de fumo”. Com base em relatórios emitidos pela Secretaria Municipal de Políticas e Ações Sociais e Cidadania e prova testemunhal de familiares, a Justiça de Mato Grosso do Sul concluiu que os filhos do casal estavam submetidos às hipóteses de violação de seus direitos, com exposição a substâncias entorpecentes, privação de alimentação e condições in-

salubres de sobrevivência. A mãe das crianças recorreu ao STJ alegando que a destituição do poder familiar é medida extrema e que não foi determinada nenhuma providência para que se submetesse a tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico em virtude da sua condição de usuária de drogas, impossibilitando, assim, a manutenção dos filhos no seio familiar. Em seu voto, o relator, Ministro Raul Araújo, ressaltou que, ao contrário do alegado pela defesa, as instâncias ordinárias pontuaram que os genitores foram submetidos a medidas de proteção familiar em âmbito judicial, a tratamento psicológico e a tentativa de inserção no mercado de trabalho. O relator sublinhou, também, que eles foram assistidos por seus familiares e por um projeto social que lhes forneciam cestas básicas. Segundo o ministro, mesmo com todas essas iniciativas, os pais não demonstraram interesse nem condições suficientes para reverter tal quadro, o que resultou na perda do poder familiar. “Desse modo, infirmar as conclusões do julgado, como ora postulado, para reconhecer que não foram tomadas todas as medidas necessárias e capazes de garantir a permanência dos infantes em sua família biológica e que não estão presentes os requisitos para a destituição do poder familiar, demandaria o revolvimento do suporte fático-probatório dos autos, o que encontra vedação no enunciado da Súmula nº 7 deste Superior Tribunal de Justiça”. A decisão foi unânime. (Conteúdo extraído do *site* do Superior Tribunal de Justiça)

Guarda de menor não pode ser concedida a avós com intuito financeiro

O Superior Tribunal de Justiça tem reiterado o entendimento de que o pedido de alteração de guarda feito pelos avós, com fundamento meramente financeiro-previdenciário, não pode ser deferido quando pelo menos um dos pais se responsabiliza financeira e moralmente pelo menor. Esse é o novo tema disponível na ferramenta Pesquisa Pronta. De acordo com os ministros da 3ª Turma, a conveniência de garantir benefício previdenciário ao neto não caracteriza a situação excepcional que justifica, nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 33, § 3º), o deferimento de guarda aos avós. O tema pedido de guarda para fins exclusivamente previdenciários contém 20 acórdãos, decisões já tomadas pelos colegiados do tribunal. Em maio de 2014, a 3ª Turma do STJ manteve acórdão que negou pedido de guarda formulado pelos avós paternos de menor que morava com o pai, trabalhador autônomo (corretor de imóveis) e deficiente físico. O relator, Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, verificou que o intuito do pedido fora meramente previdenciário. Isso porque, segundo ele, o avô tem idade avançada e, sobrevivendo a sua morte, o pensionamento em favor do menor seria automático. O ministro considerou que do exercício de atividade autônoma pelo pai do menor não há “a presunção de que a assistência material do infante não seja por ele garantida, especialmente quando o genitor com ele vive, exercendo plenamente o seu poder familiar e, inclusive, atendendo aos deveres próprios do encargo de guardião”. Para Sanseverino, não é preciso reconhecer a guarda a parentes que, por força da própria lei civil, na eventual dificuldade econômico-financeira dos pais, poderão prover as necessidades essenciais daquele com quem mantém vínculo parental, para que se supra a impossibilidade eventual do titular do poder familiar. REsp 1.297.881. (Conteúdo extraído do *site* do Superior Tribunal de Justiça)

Avô não pode pedir exame de DNA para desconstituir parentesco com neto

Avô não tem interesse jurídico para pedir exame de DNA para desconstruir parentesco com neto reconhecido após ação de reconhecimento de paternidade. O entendimento foi firmado pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. No caso analisado, uma mulher moveu essa ação contra um homem, declarado pai por presunção ante a negativa de fazer o exame genético. Quando esse homem morreu, o filho moveu ação de alimentos contra o avô, que, por sua vez, propôs ação declaratória incidental para discutir a relação de parentesco. O idoso argumentou que a coisa julgada formada no processo antecedente não poderia atingi-lo por força do que previa o art. 472 do Código de Processo Civil de 1973. O processo foi extinto em primeira instância, sob o fundamento de que o avô não teria interesse de agir e que o pedido violava a coisa julgada. O TJSC manteve a decisão e o Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso no STJ. Para os ministros da 4ª Turma, o avô não está sendo atingido pela decisão na ação de reconhecimento, mas suporta os efeitos da sentença, que se projetam para além dos limites subjetivos da demanda. De outro lado,

a maioria dos Magistrados entendeu que o avô não teria interesse jurídico para requerer exame de DNA, pois, ainda que comprovada a inexistência de vínculo genético entre o avô e o neto, essa circunstância não desconstituiria a relação de parentesco civil, de natureza jurídica, estabelecida na forma dos arts. 1.591, 1.593 e 1.696 do Código Civil, como consequência da paternidade assentada por decisão judicial passada em julgado, portanto imutável e indiscutível. “Os efeitos da sentença, que não se confundem com a coisa julgada e seus limites subjetivos, irradiam-se com eficácia *erga omnes*, atingindo mesmo aqueles que não figuraram como parte na relação jurídica processual”, apontou o Ministro Antonio Carlos Ferreira, relator do recurso. Ressaltou que, “se o recorrido é filho do filho do recorrente, é neto deste. Não encontra amparo na lógica ou no ordenamento jurídico a conclusão de que ‘A’ é filho de ‘B’, ‘B’ é filho de ‘C’, mas ‘A’ não é neto de ‘C’. Essa conclusão seria, sobretudo, discriminatória e, por isso, contrária ao comando do art. 227, § 6º, da Constituição Federal e do art. 1.596 da lei substantiva civil”. Ainda segundo o relator, os pedidos revelavam pretensão que só poderia ser deduzida por meio de ação rescisória, sendo para tanto inadequada a ação declaratória incidental. O processo corre em segredo de justiça. (Conteúdo extraído do *site* do Superior Tribunal de Justiça)

Filha adotada irregularmente tem direito à herança, decide TJGO

A adoção irregular não é motivo para excluir filha não legítima da partilha de bens. O entendimento é da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Goiás ao considerar que a autora da ação, adotada por um casal aos quatro meses de idade, deveria ter reconhecida sua filiação póstuma com direito à herança. De acordo com os autos, a menina nasceu em uma família pobre e, por causa disso, foi entregue, informalmente, a um casal, na cidade de Caçu (GO). Ela teria convivido com eles por mais de 50 anos, até quando o pai adotivo morreu. Após a morte, os filhos biológicos entenderam que a irmã socioafetiva não faria parte da divisão dos bens, o que motivou a ação. Em primeira instância, o pedido foi julgado parcialmente procedente. A 1ª Vara Cível de Família da comarca reconheceu a adoção póstuma e determinou que ela integrasse a partilha. A autora havia questionado, também, uma doação de uma área rural à irmã, feita pelo pai, ainda em vida. Contudo, este pedido foi negado. No recurso, os herdeiros legítimos argumentaram que o pai não manifestou vontade de regularizar o registro de nascimento da adotada, uma vez que ele não teria feito nenhum procedimento para efetivar a filiação. Porém, a sentença foi mantida pelo colegiado do TJGO. Segundo o relator, Desembargador Amaral Wilson, as provas confirmaram o vínculo amoroso entre o pai e a filha não biológica. “A prova documental e testemunhal produzida nos autos não deixa dúvidas de que o falecido pai afetivo cuidava e tratava a apelada como filha, o que sem dúvidas comprova a intenção deste de reconhecê-la como filha”, registrou o relator. O desembargador explicou, também, que a paternidade socioafetiva, “caracterizada pelos estreitos laços de amor que une indivíduos que não possuem laços de sangue, tem como pressuposto, além da existência do liame social e afetivo, a existência do vínculo registral. Dessa forma, os requisitos para o reconhecimento da adoção *post mortem* são a inequívoca manifestação do adotante e o falecimento deste no curso do processo de adoção, ou a prova concreta do inequívoco propósito de adotar”. Sobre a pretensão da autora em declarar nula uma doação feita em vida pelo pai adotivo, o Desembargador Amaral Wilson endossou que a sentença de primeiro grau foi correta em determinar a improcedência do pedido. “No caso de adoção póstuma, os efeitos do instituto retroagem à data do falecimento do adotante, já que esta é a data da abertura da sucessão, atingindo, apenas, os bens que ele tinha propriedade quando seu óbito”. (Conteúdo extraído do *site* do Tribunal de Justiça de Goiás)

Mantida condenação de casal que devolveu três irmãs para adoção

Por considerar que restou evidente que a decisão dos réus se deu de forma imotivada, a 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro manteve condenação de primeiro grau e negou, por unanimidade, o recurso de um casal de pais adotivos que devolveu três irmãs ao abrigo onde elas viviam. Os réus, que alegaram não ter se adaptado às crianças, foram condenados a pagar um salário-mínimo, na proporção de 1/3 para cada criança até a efetiva adoção delas, além de indenização por dano moral no valor de R\$ 10 mil para cada menina, conforme determinado pelo Juiz

Sergio Luiz Ribeiro de Souza, da 4ª Vara da Infância, da Juventude e do Idoso de Santa Cruz, na zona oeste. “Desta forma, não se vislumbra cabível o acolhimento da presente insurgência recursal, haja vista que restou evidente que a devolução das crianças se deu de forma imotivada, pelo total despreparo dos adotantes, e que esta acarretou mais um abalo para as crianças, que novamente viram frustrado o sonho de ter um lar”, justificou o Desembargador Claudio de Mello Tavares, relator do processo. O casal conheceu as crianças em fevereiro de 2012 no abrigo onde elas viviam. No mês seguinte, obtiveram a guarda das meninas após avaliação da Vara da Infância, dando início ao período de convivência. Em setembro do mesmo ano, as crianças foram novamente encaminhadas para o abrigo após o processo mal-sucedido de adoção. Processo n 0001435-17.2013.8.19.0206. (Conteúdo extraído do *site* do Tribunal de Justiça de Goiás)

Filhos abusados pela mãe conseguem tirar nome dela de seus documentos

A possibilidade de os filhos retirarem o nome da mãe ou do pai de seus registros é excepcional, mas deve ser concedida se houver motivo que justifique a atitude. Isso porque a relação paternal não surge apenas com a ligação biológica e a supressão da ligação com os genitores é parte do princípio da dignidade da pessoa humana. O entendimento é da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Espírito Santo. No caso, o colegiado garantiu que quatro filhos abusados pela mãe enquanto menores de idade retirassem o nome da genitora de seus documentos. Eles foram representados pelo advogado José Eduardo Coelho Dias. A acusada foi condenada em segundo grau depois de ser inocentada em primeira instância. A ação transitou em julgado em 2012. As acusações contra a mãe dos autores da ação foram confirmadas por depoimentos de seus filhos, além de relatórios de psicólogos e psiquiatras. Em primeiro grau, o juiz de origem afirmou que os menores eram influenciados por seu pai, que queria punir sua ex-companheira, que tinha pedido o divórcio. No entanto, o relator da 3ª Turma, Desembargador Samuel Meira Brasil Júnior, reformou a decisão. Em seu voto, ele destacou que “a maternidade, assim como a paternidade, não é um ato biológico. Não podemos classificar como uma maternidade, uma paternidade jurídica, o simples fato de gerar uma criança”. O desembargador apontou que o registro civil é, em regra, imutável, mas admite a retificação “em hipóteses excepcionais, com justa motivação”. Para ele, a permissão atende ao princípio constitucional da dignidade humana. “A retirada do nome daquela que gerou a prole contribuía para auxiliar os filhos a desapegarem, se é que isso será possível algum dia de suas vidas, de situação de aflição e angústia inerentes à lembrança, já marcada em seus respectivos desenvolvimentos psíquicos”, diz a decisão. A supressão do nome materno pelos autores da ação é mais um capítulo de uma história que começou em 2005 e envolveu a advogada capixaba Karla Pinto, condenada a seis anos de prisão acusada de caluniar dois juízes do estado, os primos Carlos e Flávio Moulin, que atuam em Vila Velha/ES. Ela foi condenada pelos crimes de denunciação caluniosa (5 anos e 2 meses de prisão) e difamação (8 meses) depois de denunciar os juízes por supostos abusos na condução do processo envolvendo os autores da ação que pedia a retirada do nome da mãe dos documentos. A advogada foi presa antes do trânsito em julgado da ação e permaneceu encarcerada até ser solta pelo Supremo Tribunal Federal. Karla Pinto representava o pai dos então menores, responsável pela acusação de abuso. O homem pedia o divórcio e a guarda dos filhos. Com a negativa do pedido em primeira instância, ela denunciou Carlos Moulin à Corregedoria do TJES e ao Conselho Nacional de Justiça. (Conteúdo extraído do *site* do Tribunal de Justiça do Espírito Santo)

Índice por Assunto Especial

DOCTRINAS

Assunto

MARCO LEGAL DA PRIMEIRA INFÂNCIA

- Marco Legal da Primeira Infância: Primeiras Impressões sobre a Lei nº 13.257/2016 (Leonardo Alves de Oliveira)..... 9
- O Marco Legal da Primeira Infância sob a Ótica da Defensoria Pública (Elisa Cruz)..... 16

Autor

ELISA CRUZ

- O Marco Legal da Primeira Infância sob a Ótica da Defensoria Pública 16

LEONARDO ALVES DE OLIVEIRA

- Marco Legal da Primeira Infância: Primeiras Impressões sobre a Lei nº 13.257/2016 9

EM POUCAS PALAVRAS

Assunto

MARCO LEGAL DA PRIMEIRA INFÂNCIA

- Marco Legal da Primeira Infância – Conheça os Principais Avanços, Limitações e Desafios da Nova Lei 19

ACONTECE

Assunto

MARCO LEGAL DA PRIMEIRA INFÂNCIA

- Marco Legal da Primeira Infância Agora É Lei..... 26

Índice Geral

DOCTRINAS

Assunto

ABANDONO AFETIVO

- Responsabilidade Civil em Razão de Danos Causados pelo Abandono Afetivo Parental (Rafael Niebuhr Maia de Oliveira e Bruna Melo) 84

ADOÇÃO

- Adoção *Intuitu Personae*: a Prevalência do Afeto (Claudio Gomes de Oliveira) 68

ALIENAÇÃO PARENTAL

- Alienação Parental: a Questão Legal e o Vínculo Afetivo (Maria Gorete Tavares)..... 79

DIREITO DE FAMÍLIA

- Direito de Família à Luz da Constelação Familiar e do Direito Sistêmico (Hélio Apoliano Cardoso) 75

GUARDA

- A Preservação do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente na Guarda Compartilhada: Ineficácia de Sua Imposição Obrigatória (Adriane Medianeira Toaldo e Mariani Duarte Massena) 35
- Guarda Compartilhada. Regra ou Exceção? (Wanderlei José dos Reis) 29

PACTO ANTENUPCIAL

- O Pacto Antenupcial no Brasil à Luz do Direito e Economia (Cristiana Sanchez Gomes Ferreira) 48

Autor

ADRIANE MEDIANEIRA TOALDO E MARIANI DUARTE MASSENA

- A Preservação do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente na Guarda Compartilhada: Ineficácia de Sua Imposição Obrigatória 35

BRUNA MELO E RAFAEL NIEBUHR MAIA DE OLIVEIRA

- Responsabilidade Civil em Razão de Danos Causados pelo Abandono Afetivo Parental..... 84

CLAUDIO GOMES DE OLIVEIRA

- Adoção *Intuitu Personae*: a Prevalência do Afeto 68

CRISTIANA SANCHEZ GOMES FERREIRA

- O Pacto Antenupcial no Brasil à Luz do Direito e Economia 48

HÉLIO APOLIANO CARDOSO

- Direito de Família à Luz da Constelação Familiar e do Direito Sistêmico..... 75

MARIA GORETE TAVARES

- Alienação Parental: a Questão Legal e o Vínculo Afetivo 79

**MARIANI DUARTE MASSENA E
ADRIANE MEDIANEIRA TOALDO**

- A Preservação do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente na Guarda Compartilhada: Ineficácia de Sua Imposição Obrigatória 35

**RAFAEL NIEBUHR MAIA DE OLIVEIRA E
BRUNA MELO**

- Responsabilidade Civil em Razão de Danos Causados pelo Abandono Afetivo Parental..... 84

WANDERLEI JOSÉ DOS REIS

- Guarda Compartilhada. Regra ou Exceção? ...29

ACÓRDÃOS NA ÍNTEGRA

Assunto

ABANDONO MATERIAL

- Agravo regimental no agravo em recurso especial – Entrega de filho menor a pessoa inidônea – Abandono material – Pretensão absolutória – Súmula nº 7/STJ – Inaplicabilidade do princípio da consunção, no caso – Dissídio jurisprudencial não demonstrado – Agravo regimental desprovido (STJ).... 7751, 106

ADOÇÃO

- Sentença estrangeira contestada – Adoção – Falta de consentimento do pai biológico, a quem se atribui abandono do menor – Situação de fato consolidada em benefício do adotando – Adoção por padrasto que perdura há mais de doze anos – Maioridade superveniente – Requisitos para homologação da sentença estrangeira – Preenchimento – Homologação deferida (STJ)..... 7752, 122

ALIMENTOS

- Recurso especial – Ação de alimentos – Avô paterno – Obrigação de natureza complementar – Comprovação de que a genitora e o espólio do genitor Estão impossibilitados de arcarem com a prestação alimentar – Não ocorrência – Recurso provido (STJ) 7753, 131

CASAMENTO

- Processo civil – Civil – Arrolamento sumário – Casamento celebrado no exterior – Ausência de registro no Brasil – Produção de efeitos – Certidão de casamento – Necessidade – Comprovação do estado civil do *de cuius* (TJDF) 7755, 160

DIVÓRCIO

- Apelação cível – Ação ordinária – promessa de doação aos filhos – Divórcio – Ilegitimidade ativa – Reconhecimento – Litispendência – Identidade configurada (TJMG) 7758, 176

HERANÇA

- Agravo de instrumento – Ação de investigação de paternidade c/c petição de herança – Prescrição – Ocorrência (TJGO) 7756, 167
- Agravo de instrumento – Ação de reparação de danos em fase de cumprimento de sentença – Bloqueio de conta corrente de um dos herdeiros do réu – Impossibilidade – Não comprovação de que o valor bloqueado faça parte do quinhão hereditário – Responsabilidade dos executados que se limita à herança recebida – Impossibilidade de discussão de fraude em inventário no âmbito do cumprimento de sentença – Fraude à execução rechaçada em decisão diversa – Recurso conhecido e não provido (TJPR)..... 7759, 182

INTERDIÇÃO

- Ação de interdição (TJSP)..... 7763, 217

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

- Recurso de apelação cível – Indenização por danos morais – Investigação de paternidade – Discrepância entre resultados de DNA – Dano evidenciado – Falha na prestação do serviço – Responsabilidade objetiva – Inversão do ônus de sucumbência cabível – Inteligência do parágrafo único do art. 21 do CPC – Recurso conhecido e parcialmente provido (TJMT)..... 7757, 170

PENSÃO POR MORTE

- Agravo regimental no recurso de apelação – Direito administrativo – Agravo regimental conhecido e desprovido – Pensão por morte de servidora pública estadual – Beneficiário cônjuge varão – Prescrição afastada – Possibilidade de extensão do benefício ao cônjuge varão – Agravo regimental conhecido e desprovido (TJCE)..... 7754, 152
- Apelação cível – Legatário de pensão por morte – Instituidor da pensão falecido em 1996 – Benefício declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal – Decadência – Inaplicabilidade em situações inconstitucionais – Cancelamento do benefício previdenciário mediante autotutela da administração pública – Necessidade do devido processo administrativo – Garantias da ampla defesa e do contraditório não observadas –

Ato administrativo eivado de nulidade – Restabelecimento do benefício previdenciário – Reforma da sentença (TJR).....7760, 186

REGISTRO CIVIL

- Apelação cível – Ação de retificação de registro civil – Pretensão de supressão do patronímico paterno, exclusão do patronímico paterno do marido e inclusão do patronímico materno do cônjuge, ausência de justo motivo – pedido que causa prejuízo à cadeia registral – Afronta ao princípio da imutabilidade do nome – Precedentes – Sentença confirmada (TJRS)7761, 207

UNIÃO ESTÁVEL

- Apelação cível – Ação declaratória de união estável *post mortem* cominada com partilha de bens – Juízo *a quo* que julgou parcialmente procedentes os pleitos exordiais – Insurgência da requerida (TJSC).....7762, 212

EMENTÁRIO

Assunto

ALIMENTOS

- Alimentos – avô paterno – obrigação de natureza complementar – comprovação..7764, 220
- Alimentos – execução – dissídio jurisprudencial não demonstrado – perda do direito7765, 221
- Alimentos – execução – análise de provas – *habeas corpus*.....7766, 221
- Alimentos – execução – análise de provas – impossibilidade – obrigação de pagamento do devedor – prisão civil.....7767, 222
- Alimentos – execução – *habeas corpus*7768, 222
- Alimentos – exoneração – maioridade civil7769, 222
- Alimentos – menor – necessidade7770, 222
- Alimentos – revisão – alteração do binômio necessidade-possibilidade.....7771, 222

BEM DE FAMÍLIA

- Bem de família – alienação – ajuizamento de demanda – má-fé demonstrada – fraude à execução – caracterização – alegação de impenhorabilidade de imóvel – condição não comprovada.....7772, 222

CONDOMÍNIO

- Condomínio – extinção – ex-companheiros7773, 223

DIVÓRCIO

- Divórcio – partilha e alimentos7774, 223
- Divórcio – partilha e alimentos entre ex-cônjuges – sentença correta.....7775, 223

DOAÇÃO

- Doação – ITCMD – entidade religiosa – imunidade – não incidência.....7776, 223
- Doação inoficiosa – adiantamento da legítima – inobservância do quinhão de herdeiros necessários7777, 224

HERANÇA

- Herança – quinhão – meação7778, 224

INVENTÁRIO

- Inventário – arrolamento – pendência – acordo – possibilidade7779, 224
- Inventário – direito do companheiro sobrevivente – meação de imóvel7780, 224
- Inventário – exclusão da relação de herdeiros e remoção de inventariante – ordem estabelecida no art. 617 do novo CPC – filiação socioafetiva – não demonstração.....7781, 224
- Inventário – habilitação de crédito – deferimento7782, 225
- Inventário – habilitação de crédito – reexame de provas7783, 225
- Inventário e partilha – questão de alta indagação7784, 225

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

- Investigação de paternidade – *post mortem* – ausência de impugnação7785, 225

MENOR

- Menor – maus-tratos – resultado morte – privação de alimentos ou cuidados indispensáveis7786, 225
- Menor portador de paralisia cerebral – fornecimento de fraldas descartáveis – hipossuficiência – necessidade comprovada – Estado – negativa – ilegalidade7787, 226

PARTILHA

- Partilha – ação de cobrança de aluguel – patrimônio comum do casal – posse exclusiva de um dos ex-cônjuges7788, 226
- Partilha – imóvel objeto de ação – prova da propriedade de terceiros – ausência...7789, 226

PENHORA

- Penhora – bem de família – proprietária de outros bens 7790, 227

PENSÃO POR MORTE

- Pensão por morte – companheira de ex-servidor público estadual falecido – união estável comprovada 7791, 229
- Pensão por morte – ex-combatente – beneficiário incapaz – imprescritibilidade – termo inicial do benefício – data do óbito.... 7792, 229
- Pensão por morte – filha de servidor falecido – alegação de que constituiu família mediante união estável – questão prejudicial 7793, 229

SENTENÇA

- Sentença – reconhecimento de vínculo entre pai e filho – efeitos *erga omnes* – relação avoenga 7794, 230

SEPARAÇÃO

- Separação judicial – cumprimento de sentença – restabelecimento de multa por descumprimento de decisão judicial 7795, 230

SOBREPARTILHA

- Sobrepartilha – divórcio – regime da comunhão parcial de bens – FGTS – depósitos realizados na constância da sociedade conjugal 7796, 230

SUCCESSÃO

- Sucessão – testamento público – doação 7797, 231

TESTAMENTO

- Testamento particular – formalidades legais – cumpridas – possibilidade..... 7798, 234
- Testamento público – pedido de abertura, registro e cumprimento – acolhimento 7799, 234

UNIÃO ESTÁVEL

- União estável – ação declaratória – foro – incapaz – competência relativa..... 7800, 234
- União estável – ação de obrigação de fazer – tutela antecipada – pensionista de servidora falecida..... 7801, 235
- União estável – ação de reconhecimento e dissolução – sentença transitada em julgado – rediscussão – impossibilidade 7802, 235
- União estável – dissolução – partilha de bens – condomínio 7803, 236
- União estável – foro – incapaz – competência relativa 7804, 236
- União estável – prova – documentos que demonstram a convivência pública, contínua e duradoura, com *intuito familiae* – dependente..... 7805, 237

USUFRUTO

- Usufruto vitalício – erro de fato – ausência de erro de interpretação de lei 7806, 240

CLIPPING JURÍDICO

- Avô não pode pedir exame de DNA para desconstituir parentesco com neto 242
- Filha adotada irregularmente tem direito à herança, decide TJGO 243
- Filhos abusados pela mãe conseguem tirar nome dela de seus documentos 244
- Guarda de menor não pode ser concedida a avós com intuito financeiro..... 242
- IAB defende no STF direito sucessório igual para cônjuges e companheiros..... 241
- Mantida condenação de casal que devolveu três irmãs para adoção 243
- Turma do STJ destitui poder familiar de usuários de drogas sobre seus cinco filhos..... 241