

Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões

Ano XI – Nº 64

Jan-Fev 2025

Classificação Qualis/Capes: A4

Editor

Fábio Paixão

Coordenador

Mário Luiz Delgado

Conselho Editorial

Álvaro Villaça Azevedo – Águida Arruda Barbosa – Cibele Pinheiro Marçal Tucci
Débora Brandão – Débora Gozzo – Fernanda Tartuce – Gilberto Fachetti Silvestre
Guilherme Calmon Nogueira da Gama – Jones Figueirêdo Alves – Luis Felipe Salomão
Maria Helena Braceiro Daneluzzi – Marília Xavier – Pablo Malheiros da Cunha Frota
Paula Victor (Portugal) – Rodolfo Pamplona Filho – Rodrigo Mazzei
Rodrigo Toscano de Brito – Rui Portanova – Ursula Basset (Argentina)

Colaboradores deste Volume

Carla Aliny Peres Dias – Daniela Soares Hatem – Débora Gozzo
Gabriel Gomes da Luz – Jones Figueirêdo Alves
Libera Copetti de Moura Truzzi – Marcela Bittencourt Brey
Marcelo Truzzi Otero – Mário Luiz Delgado – Matheus Oliveira Maia
Michelle Lucas Cardoso Balbino – Rayslla Crystinne Godinho Gonçalves

Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões

Publicação bimestral da Editora Magister à qual se reservam todos os direitos, sendo vedada a reprodução total ou parcial sem a citação expressa da fonte.

A responsabilidade quanto aos conceitos emitidos nos artigos publicados é de seus autores.

Artigos podem ser encaminhados para o e-mail: editorial@editoramagister.com.br. Não devolvemos os originais recebidos, publicados ou não.

As íntegras dos acórdãos aqui publicadas correspondem aos seus originais, obtidos junto ao órgão competente do respectivo Tribunal.

Esta publicação conta com distribuição em todo o território nacional.

A editoração eletrônica foi realizada pela Editora Magister, para uma tiragem de 5.000 exemplares.

Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões

v. 1 (jul./ago. 2014).-- Porto Alegre: Magister, 2014.
Bimestral. Coordenação: Mário Luiz Delgado.

v. 64 (jan./fev. 2025)
ISSN 2358-3223

1. Direito de Família – Periódico. 2. Direito de Sucessão – Periódico.

CDU 347.6(05)

CDU 347.65(05)

Ficha catalográfica: Leandro Lima – CRB 10/1273

Capa: Apollo 13

EDITORIA MAGISTER

Diretor: Fábio Paixão.

IASP – INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO

Presidente: Renato de Mello Jorge Silveira

Vice-Presidente: Vitorino Francisco Antunes Neto

Diretor Administrativo: Diogo Leonardo Machado de Melo

Diretor Financeiro: Jairo Saggi

Diretora Cultural: Ana Luíza Nery

Diretora de Comunicação: Fabiana Lopes Pinto Santello

Comissão de Estudos de Direito de Família e das Sucessões: Âguida Arruda Barbosa, Álvaro Villaça Azevedo, Caetano Lagrasta, Carolina Scatena do Valle, Cassio Sabbagh Namur, Cibele Pinheiro Marçal Tucci, Clarissa Bernardo, Cláudia Stein Vieira, Débora Brandão, Débora Gozzo, Fernanda Tartuce, Flávio Murilo Tartuce Silva, Gabriele Tusa, Jones Figueirêdo Alves, José Fernando Simão, Marco Antonio Fanucchi, Maria Fernanda Vaiano S. Chammas, Mário Luiz Delgado, Natalia Imparato, Renata Mei Hsu Guimarães, Renata Silva Ferrara, Silvano Andrade do Bonfim, Valeria Lagrasta Luchiani.

Editora Magister

Alameda Coelho Neto, 20
Boa Vista – Porto Alegre – RS
91340-340

IASP – Instituto dos Advogados de São Paulo

Avenida Paulista, 1636 – 15º andar – Cj. 1509 – Bela Vista
São Paulo – SP – 01310-200
iasp@iasp.org.br
www.iasp.org.br

Sumário

Doutrina

1. Princípios Fundamentais do Direito de Família e suas Aplicações Necessárias
Jones Figueirêdo Alves..... 5
2. A Transmissibilidade dos Alimentos no Campo Sucessório
Daniela Soares Hatem, Gabriel Gomes da Luz e Matheus Oliveira Maia 34
3. Alimentos, Base de Cálculo e suas Incidências Segundo o STJ
Marcelo Truzzi Otero e Libera Copetti de Moura Truzzi 48
4. Análise Crítica Sobre a Prática da Inseminação Caseira no Brasil
Débora Gozzo e Marcela Bittencourt Brey..... 76
5. O Reconhecimento da Filiação Socioafetiva à Luz dos Direitos Humanos: um Subterfúgio para a Legalização da Adoção à Brasileira?
Michelle Lucas Cardoso Balbino, Carla Aliny Peres Dias e Rayslla Crystinne Godinho Gonçalves..... 97
6. A Deserção e o Anteprojeto de Reforma do Código Civil
Mário Luiz Delgado..... 122

Jurisprudência

1. Supremo Tribunal Federal – ITCMD. Vida Gerador de Benefício Livre (VGBL) e Plano Gerador de Benefício Livre (PGBL). Falecimento do Titular. Repasse aos Beneficiários de Direitos e Valores Relativos aos Citados Planos. Inexistência de Fato Gerador do Imposto. Diferimento do Imposto. Possibilidade
Rel. Min. Dias Toffoli..... 133
2. Supremo Tribunal Federal – Separação Obrigatória de Bens nos Casamentos e União Estáveis com Pessoa Maior de Setenta Anos. Interpretação Conforme a Constituição
Rel. Min. Luís Roberto Barroso..... 160
3. Superior Tribunal de Justiça – Ação de Partilha. Ajuizamento Posterior ao Divórcio, Conforme Autorizado na Deliberação Judicial que o Decretara. Tribunal de Origem que, ao Reformar a Sentença que Reconheceu a Prescrição Extintiva da Pretensão (Art. 269, Inc. IV, do CPC/73), Determina o Regular Prosseguimento do Feito. Insurgência da Ré/Ex-Cônjuge
Rel. Min. Marco Buzzi..... 170

| | |
|---|-----|
| 4. Tribunal de Justiça de Minas Gerais – Ação de Divórcio Litigioso. Óbito do Autor no Curso da Ação. Manifestação Inequívoca da Vontade das Partes. Presente. Decretação de Divórcio <i>Post Mortem</i> . Possibilidade <i>Rel. Des. Pedro Aleixo</i> | 186 |
| Diretrizes para Submissão de Artigos Doutrinários | 189 |

Princípios Fundamentais do Direito de Família e suas Aplicações Necessárias

JONES FIGUEIRÊDO ALVES

Desembargador Emérito do Tribunal de Justiça de Pernambuco. Mestre em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito de Lisboa. Integrante da Academia Brasileira de Direito Civil. Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Membro Fundador do Instituto Brasileiro de Direito Contratual (IBDCont). Advogado, Consultor e Parecerista. E-mail: jonesfig@uol.com.br.

RESUMO: Diante do relevante papel dos princípios, no âmbito das relações familiares, este artigo se propõe, inicialmente, a elencar os princípios fundamentais, quais sejam: (i) o da dignidade da pessoa humana, previsto pelo art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988. Valoriza-se, em primeiro, a própria pessoa que constitui a unidade domiciliar, antes de sua representatividade patrimonial; (ii) o da solidariedade familiar (art. 1º, inciso III, da CF); (iii) o da igualdade entre os cônjuges e companheiros (art. 226, § 5º, da CF); (iv) o da igualdade na chefia da entidade familiar (arts. 226, § 5º, e 227, § 7º, da CF); (v) o da liberdade no planejamento familiar (art. 226, § 7º, da CF); (vi) o do melhor interesse da criança (art. 227, *caput*, da CF); (vii) o da igualdade entre os filhos (art. 227, § 6º, da CF); (viii) o do apoio e amparo dos pais na velhice (art. 229, *caput*, da CF). Em sequência, surgem os princípios gerais, que podem ser colacionados, dentre muitos, os da afetividade, convivência familiar, de comunhão de vida, paternidade/maternidade responsável, não intervenção e liberdade (autonomia da vontade) e da função social da família. O papel específico dos princípios ganha suficiência por seus parâmetros de aplicação, no processo jurisprudencial do Direito, em alcance de todas as exigências de justiça que se impõem, designadamente, no direito de família.

PALAVRAS-CHAVE: Princípios fundamentais. Dignidade. Solidariedade. Igualdade. Liberdade. Afetividade. Paternidade. Autonomia. Função social.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Princípio da dignidade da pessoa humana. 2. Princípio da solidariedade familiar. 3. Princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros. 4. Princípio da igualdade no poder familiar. 5. Princípio da liberdade no planejamento familiar. 6. Princípio do melhor interesse da criança. 7. Princípio da igualdade entre filhos. 8. Princípio do apoio e amparo dos pais na velhice. 9. Princípio da proteção à pessoa idosa. 10. Princípio de comunhão de vida. 11. Princípio da Paternidade/Maternidade Responsável. 12. Princípio da autonomia privada na família, o da não intervenção ou da liberdade. 13. Princípio da afetividade. 14. Princípio da parentalidade socioafetiva. 15. Princípio da comunidade familiar. 16. Princípio da função social da família. 17. Princípio da convivência familiar. 18. Princípio do direito à intimidade e à vida privada. 19. Princípio de intervenção mínima do Estado. 20. Princípio da pluralidade das entidades familiares. 21. Princípio da monogamia. Notas conclusivas. Referências.

Introdução

A família é a representação mais íntima do que seja afetividade, consagrada em comunhão, como uma comunidade perfeita de amor; a tanto que comunidade quer dizer “comum unidade”. Segue-se, então, pensar que muitas são as famílias em suas entidades próprias, quanto significativo é dizer que todas elas serão constituídas pelo afeto e com ânimo de permanência e consolidação: famílias parentais, conjugais e convivenciais; famílias compostas e recompostas; monoparentais, anaparentais, famílias “singles”, e pluriparentais; famílias extensas ou ampliadas (art. 25, parágrafo único, do ECA), em seus diversos arranjos familiares. Todas formadas pelo composto afetivo, como melhor tradução dos fatos da vida que unem e reúnem.

O conceito de família, afinal, é trazido pela Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), em seu art. 5º, II, expressando a família compreendida como a comunidade formada, em face da parentalidade legal ou admitida, por afinidade, ou por vontade expressa.

Quando o valor da pessoa em sua exata dimensão de dignidade demanda direitos e a família congrega as pessoas em suas unidades de valor, busca-se consolidar as novas tendências do Direito das Famílias. Efetivá-las, com a maior extensão de suas realidades jurídicas, é o desafio atual. Ao tempo que as famílias são reconhecidas juridicamente pelo Estado, cuida-se, então, que os seus direitos estejam resguardados, de forma igualitária, podendo-se admitir que todos eles não prescindem de princípios fundamentais que devam regê-los.

Apresentá-los, um a um, importa o descortínio de uma incursão doutrinária a respeito, tornando-se certo, destarte, que a experimentação judiciária, a seu turno, tem contribuído, relevantemente, para a sua valiosa densidade.

Nesse elevado espectro principiológico, tenha-se, de partida, que todas as famílias são regidas por diversos superprincípios (princípio dos princípios), referidos como princípios fundamentais:

(i) o da dignidade da pessoa humana, previsto pelo art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988. Valoriza-se, em primeiro, a própria pessoa que constitui a unidade domiciliar, antes de sua representatividade patrimonial;

(ii) o da solidariedade familiar (art. 1º, inciso III, da CF);

(iii) o da igualdade entre os cônjuges e companheiros (art. 226, § 5º, da CF);

(iv) o da igualdade na chefia da entidade familiar (art. 226, § 5º, e art. 227, § 7º, da CF);

- (v) o da liberdade no planejamento familiar (art. 226, § 7º, da CF);
- (vi) o do melhor interesse da criança (art. 227, *caput*, da CF);
- (vii) o da igualdade entre os filhos (art. 227, § 6º, da CF);
- (viii) o do apoio e amparo dos pais na velhice (art. 229, *caput*, da CF).

Em sequência, surgem os princípios gerais, que podem ser colacionados, dentre muitos, os da afetividade, convivência familiar, de comunhão de vida, paternidade/maternidade responsável, não intervenção e liberdade (autonomia da vontade) e da função social da família.

Nessa ordem, existem princípios gerais expressos e os não expressos, segundo afirmativa do jurista italiano Vezio Crisafulli, entendendo-se esses últimos, contidos e subentendidos no texto legal, ou seja, extraídos por abstração de normas jurídicas.

O papel específico dos princípios ganha suficiência por seus parâmetros de aplicação, no processo jurisprudencial do Direito, em alcance de todas as exigências de justiça que se impõem, designadamente, no direito de família. Essa aplicação, materialmente justa, à luz da lei e do Direito, tem sido presente nas tradições jurídicas de cariz jurisprudencial, como salienta o jurista português António Cortês, em sua obra “Jurisprudência dos Princípios”¹.

De efeito, como pondera Humberto Ávila, deve-se “(a) analisar a existência de critérios que permitam definir, também para outros casos, quais são os comportamentos necessários para a realização de um princípio; b) expor os critérios que podem ser utilizados e os fundamentos que levam à sua adoção”².

Diante do relevante papel dos princípios, no âmbito das relações familiares, anima-nos elencá-los como suas identificações concernentes em interação com a doutrina familista e a jurisprudência, a revelar uma eloquente experimentação judiciária. É o que veremos.

1. Princípio da dignidade da pessoa humana

1.1. Especificação do princípio. Na prática, o princípio da dignidade humana é usado como uma base interpretativa em legislações e decisões judiciais, principalmente em sistemas jurídicos como o do nosso país onde está explicitamente garantido no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988. Esse artigo estabelece a dignidade humana como um dos fundamentos do Es-

1 CORTÊS, António. *Jurisprudência dos princípios*. Ensaio sobre os fundamentos da decisão judicial. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010.

2 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 74.

tado Democrático de Direito. Seus elementos centrais são o reconhecimento da igualdade, a autonomia e liberdade, a proibição de tratamento degradante e a garantia de direitos fundamentais, em que o respeito à dignidade humana exige que sejam assegurados direitos como saúde, educação, trabalho, moradia, liberdade e acesso à justiça.

1.2. Quando situações de violência doméstica e de gênero, e as de abandono afetivo (abandono paterno-filial e vice-versa), eclodem no âmbito das relações familiares, esse princípio é basilar para a compreensão mais exata dos problemas e de suas consequências, exigindo-se a sua plena aplicação. De efeito, os danos advenientes são suscetíveis da adequada reparação, por via das ações indenizatórias, que perseveram assertivamente no malferimento à dignidade da pessoa. Em outro giro, bem de ver também extraído do referido princípio, a impenhorabilidade do bem de família prevista na Lei nº 8.009/90, “a qual protege a pessoa e não um grupo específico de pessoas”.

Mais ainda: o princípio a dignidade da pessoa humana é igualmente invocado, no direito da família, em persuasão lógica para o pedido de alimentos ou de sua revisão, o estado de filiação, a consagração da filiação socioafetiva, e o enfrentamento de todas as novas realidades familiares que resenham as suas controvérsias subjacentes.

A essência do princípio é contida na Declaração Universal dos Direitos Humanos, quando em seu art. 1º, assenta os dois pilares da dignidade humana: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”.

Nessa diretiva, aponta-se, então, que um comportamento egoístico, a falta de fraternidade, em sua latitude mais íntima, e as lesões aos direitos de personalidades daqueles que formam o composto familiar, são elementos dilacerantes no comprometimento do princípio dentro das relações de família.

No tocante a essas últimas, depõe Carlos André, expressando:

O novo Código Civil dedicou um Capítulo específico (o Capítulo II) a essa categoria de direitos. Mais que à lei, cabe à doutrina e à jurisprudência a identificação e definição dos direitos da personalidade, que se encontram em constante expansão. A cada dia um novo aspecto da personalidade humana é destacado e elevado à condição de interesse juridicamente protegido. Por isso, qualquer tentativa de enumeração exaustiva desses direitos estaria fadada ao fracasso³.

3 ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *O princípio fundamental da dignidade humana e sua concretização judicial*. Disponível em: https://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=5005d7c7-cb21-4fbb-bc4d-12affde2dbbc. Acesso em: 24 jan. 2025.

E nesse pensar, aponta que “a escassez de decisões fundadas no princípio da dignidade humana deve-se, também, certamente, ao receio do operador do direito de que, ao aplicar princípio de tamanha abstração e indeterminabilidade, esteja a invadir terreno que supõe pertencente ao poder político”.

Pois bem. Não há negar que as causas que mais afetam a higidez das entidades familiares, nas relações conjugais-convivenciais e parentais, situam-se, quase sempre, na afetação de direitos da personalidade, comprometidos pela agudeza dos conflitos. Entretanto, há de preponderar, no direito de família, um valioso repertório jurisprudencial, em que o princípio maior constitui uma importante base decisória.

Noutro giro, (i) o reconhecimento da origem genética como um direito personalíssimo, irrenunciável e imprescritível, é derivado do princípio da dignidade humana (Súmula nº 140 – STF); (ii) “devendo o Poder Público contribuir para sua efetivação” (TJSC – 4ª CC); e (iii) a possibilidade de exumação para fins de exame de DNA, pacificada na jurisprudência do STJ, porquanto faculdade conferida ao juiz pelo art. 130 do CPC (STJ – AgRg no Ag 1.159.165/MG, DJe 04.12.2009; Pet. 8.321; REsp 765.479).

1.3. Legislação aplicável correlata. O princípio sedia sua aplicação em diversos artigos do Código Civil, a exemplo do art. 1.694, estabelecendo: “Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação”. É com base nele que os alimentos devem ser revistos, atualizados, inclusive os compensatórios e ressarcitórios.

1.4. Aplicação jurisprudencial:

[...] O princípio da dignidade da pessoa humana, previsto constitucionalmente, deve ser respeitado por todos, o que implica a necessária coibição de qualquer ato de transfobia, violência ou discriminação. A orientação sexual e a identidade de gênero constituem elementos essenciais da personalidade humana e devem ser consideradas como manifestações do exercício de uma liberdade fundamental, de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo, a qual deve ser protegida, livre de preconceito ou de qualquer outra forma de discriminação. A identidade de gênero é um dos atributos da pessoa humana. (TJSP – RI 1011469-23.2022.8.26.0562, Relator: Orlando Gonçalves de Castro Neto, julgado em: 01/02/2023, 3ª Turma Cível – Santos, Publicação: 01/02/2023)

2. Princípio da solidariedade familiar

2.1. Especificação do princípio. O princípio da solidariedade, “marco paradigmático que caracteriza a transformação do Estado liberal e individualista em Estado democrático e social” (Paulo Luiz Neto Lôbo, 2007, p. 5 *apud* Sobral, 2010, p. 3), tem servido como questão de direito de fundo na diretiva de sua aplicação nas relações familiares, nomeadamente quando perante os mais vulneráveis (crianças, adolescentes, idosos, carentes alimentares, etc.). Os integrantes da família, em suas relações internalizadas, têm o dever recíproco da solidariedade em todas as esferas (patrimonial, afetiva, psicológica).

O princípio decorre do art. 3º, inciso I, da Constituição Federal de 1988, e dentre as suas aplicações situa-se a do pagamento dos alimentos, em caso de necessidade, a teor do art. 1.694 do Código Civil⁴.

2.2. Flávio Tartuce, em anotação ao princípio, destaca que “o Superior Tribunal de Justiça aplicou o princípio em questão considerando o dever de prestar alimentos mesmo nos casos de união estável constituída antes de entrar em vigor a Lei nº 8.971/94, o que veio a tutelar os direitos da companheira”.

2.3. Legislação aplicável correlata. O princípio sedia sua aplicação em diversos artigos do Código Civil, a exemplo do art. 1.694.

2.4. Aplicação jurisprudencial:

[...] Assim, persistindo o dever de mútua assistência mesmo após o divórcio, haja vista o resquício de solidariedade familiar existente, resta evidente a necessidade da ex-mulher, que tem boa parte de seus rendimentos comprometidos com gastos que não suportava enquanto casada, necessitando do suporte do ex-cônjuge, que tem a possibilidade, até se restabelecer financeiramente. (TJ-RR – AC 0821264-04.2017.8.23.0010, Relator: Des. Jefferson Fernandes da Silva; Publicação: DJe 27/02/2019)

3. Princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros

3.1. Especificação do princípio. O princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros é um dos pilares do direito de família moderno e está fundamentado na ideia de que homens e mulheres, em uma relação conjugal ou de união estável, têm os mesmos direitos e deveres, ou seja, independente da forma da entidade familiar que constituam. Tem base constitucional no art. 226, § 5º, da Constituição Federal.

4 No tema, vale conferir: LOBO, Paulo. Princípio da solidariedade familiar. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/78.pdf#:~:text=A%20solidariedade%20do%20n%C3%BAcleo%20familiar,uma%20palavra%2C%20de%20solidariedade%20civil>. Acesso em: 24 jan. 2025.

3.2. Legislação aplicável correlata: Art. 1.511 do Código Civil: “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”.

3.3. Aplicação jurisprudencial:

[...] A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável, hetero ou homoafetivas. O STF já reconheceu a ‘inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico’, aplicando-se a união estável entre pessoas do mesmo sexo as mesmas regras e mesmas consequências da união estável heteroafetiva (ADI 4.277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05.05.2011) Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis ns. 8.971/1994 e 9.278/1996 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e da vedação do retrocesso. [...] (STF, RE nº 646.721, Relator: Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em: 10/05/2017)

4. Princípio da igualdade no poder familiar

4.1. Especificação do princípio. Esse princípio está garantido pela Constituição Federal de 1988, especialmente no art. 226, § 5º, que dispõe: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Cuida-se, ainda, sublinhar pela Igualdade Parental: Não há mais hierarquia entre pai e mãe na educação e criação dos filhos, sendo ambos responsáveis em igual medida. Há uma divisão de responsabilidades e as decisões importantes relacionadas à vida em comum ou aos filhos devem ser tomadas em consenso, sem que uma das partes tenha mais poder ou autoridade sobre a outra.

4.2. Legislação aplicável correlata: arts. 1.566, incisos III e IV; 1.631 e 1.634, todos do Código Civil. Neles estão dispostos os deveres do casamento, o exercício comum pelos pais do poder familiar que lhes compete, e as atribuições concernentes ao poder familiar.

4.3. Aplicação jurisprudencial:

[...] O STF reafirmou que o exercício do poder familiar deve ser compartilhado de forma igualitária entre pai e mãe, indepen-

dentemente de haver separação ou divórcio. A decisão destacou que tanto o homem quanto a mulher têm os mesmos direitos e deveres em relação à educação, guarda e bem-estar dos filhos, em conformidade com o art. 226, § 5º, da Constituição Federal e o art. 1.634 do Código Civil. [...] XI – Cuidados com a mulher presa que se direcionam não só a ela, mas igualmente aos seus filhos, os quais sofrem injustamente as consequências da prisão, em flagrante contrariedade ao art. 227 da Constituição, cujo teor determina que se dê prioridade absoluta à concretização dos direitos destes. XII – Quadro descrito nos autos que exige o estrito cumprimento do Estatuto da Primeira Infância, em especial da nova redação por ele conferida ao art. 318, IV e V, do Código de Processo Penal. XIII – Acolhimento do writ que se impõe de modo a superar tanto a arbitrariedade judicial quanto a sistemática exclusão de direitos de grupos hipossuficientes, típica de sistemas jurídicos que não dispõem de soluções coletivas para problemas estruturais. XIV – Ordem concedida para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar [...]. (STF, HC nº 143.641, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 20.02.2018; Publicação: 09.10.2018)

5. Princípio da liberdade no planejamento familiar

5.1. Especificação do princípio. Assegura o direito de o casal decidir livremente sobre o número de filhos e o intervalo entre os nascimentos, sendo vedada qualquer forma de coerção ou discriminação (art. 226, § 7º, da CF). A sua aplicação protege as decisões pessoais do casal ou indivíduo sobre métodos contraceptivos e decisões reprodutivas, além de assegurar acesso a políticas públicas de saúde.

Retenha-se um exemplo prático: Uma mulher demanda judicialmente acesso gratuito a tratamento de fertilização *in vitro* com base em políticas públicas de saúde, garantindo seu direito ao planejamento familiar.

5.2. Legislação aplicável correlata: A legislação sobre planejamento familiar é a Lei nº 9.263/1996, também conhecida como Lei do Planejamento Familiar, que regulamenta o § 7º do art. 227 da CF.

5.3. Aplicação jurisprudencial:

[...] 4) A família, mercê de ser a base da sociedade, tem especial proteção do Estado (art. 226 da CRFB), sendo certo que a Constituição de República se posicionou expressamente a favor da proteção à maternidade (art. 6º) e assegurou direito ao *planejamento familiar* (art. 226, § 7º), além de encontrar especial tutela no direito de previdência social (art. 201, II) e no direito de assistência social (art. 203, I). 5) O direito à saúde, tutelado expressamente no art. 6º, requer uma especial proteção no presente caso, vez que a prática de esforços físicos incompatíveis com a fase gestacional pode pôr em risco a saúde da gestante

ou mesmo do bebê. 6) O constituinte expressamente vedou qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas que obstaculize o *planejamento familiar* (art. 226, § 7º), assim como assegurou o acesso às informações e meios para sua efetivação e impôs o dever de propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito. (STF, Tribunal Pleno, RE nº 1.058.333, Repercussão Geral, Tema 973; Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 21.11.2018; Publicação: 27.07.2020)

6. Princípio do melhor interesse da criança

6.1. Especificação do princípio. “O princípio do melhor interesse da criança é o critério primário para a interpretação de toda a legislação atinente a menores, sendo capaz, inclusive, de retirar a peremptoriedade de qualquer texto legal atinente aos interesses da criança ou do adolescente, submetendo-o a um crivo objetivo de apreciação judicial da situação específica que é analisada [...]”. Com essa assertividade no REsp 1.635.649/SP, em 27.02.2018, o Superior Tribunal de Justiça considerou viável a adoção de netos, pelo padrão hermenêutico do ECA, segundo a relatora, Ministra Nancy Andrighi.

O princípio do melhor interesse rege todo o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e tem escopo constitucional ditado pelo art. 227, *caput*, da Constituição Federal. Por sua vez, os arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil também aludem e vivificam o princípio.

6.2. Aplicação jurisprudencial:

[...] 1. Não há previsão legal da possibilidade de o pai solteiro, que optou pelo procedimento de fertilização *in vitro* em ‘barriga de aluguel’, obter a licença-maternidade. 2. A Constituição Federal, no art. 227, estabelece com absoluta prioridade a integral proteção à criança. A *ratio* dos arts. 6º e 7º da CF não é só salvaguardar os direitos sociais da mulher, mas também efetivar a integral proteção ao recém-nascido. 3. O art. 226, § 5º, da Lei Fundamental estabelece que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher, não só em relação à sociedade conjugal em si, mas, sobretudo, no que tange ao cuidado, guarda e educação dos *filhos* menores. 4. A circunstância de as crianças terem sido geradas por meio fertilização *in vitro* e utilização de barriga de aluguel mostra-se irrelevante, pois, se a licença adotante é assegurada a homens e mulheres indistintamente, não há razão lógica para que a licença e o salário-maternidade não seja estendido ao homem quando do nascimento de *filhos* biológicos que serão criados unicamente pelo pai. Entendimento contrário afronta os princípios do melhor interesse da criança, da razoabilidade e da isonomia.” (STF, Tribunal Pleno, RE nº 1.348.854, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 12.05.2022, Publicação: 24.10.2022)

Tema nº 1.182 – Constitucionalidade da extensão da licença-maternidade, prevista no art. 7º, XVIII, da CF/88 e regulamentada pelo art. 207 da Lei nº 8.112/1990, ao pai solteiro servidor público, em face dos *princípios da isonomia* (art. 5º, I, da CF), da legalidade (art. 37, *caput*, da CF), e da proteção integral da criança com absoluta prioridade (art. 227 da CF), bem como ante o art. 195, § 5º, da CF, que dispõe que nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

[...] APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ALTERAÇÃO DE GUARDA. DISPUTA ENTRE GENITORES. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR. PREPONDERÂNCIA. GUARDA DEFERIDA AO GENITOR. MANUTENÇÃO. As alterações de guarda, em regra, devem ser evitadas, na medida em que acarretam modificação na rotina de vida e nos referenciais dos menores, e, por conseguinte, geram transtornos de toda ordem. Caso concreto em que o genitor demonstra estar zelando de forma adequada pelo bom desenvolvimento do filho, não havendo razões plausíveis para alterar a guarda unilateral a ele deferida. Apelação desprovida. (AP nº 70078937158, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolara Medeiros, Julgado em 28/11/2018)

7. Princípio da igualdade entre filhos

7.1. Especificação do princípio. Tratando da sua descrição, o jurista Flávio Tartuce, com percuciência, enfatiza que, “juridicamente, todos os filhos são iguais, havidos ou não durante o casamento. Essa igualdade abrange também os filhos adotivos e aqueles havidos por inseminação heteróloga (com material genético de terceiro)”.

Diante disso, acrescenta: “não se pode mais utilizar as expressões *filho adulterino* ou *filho incestuoso*, as quais são discriminatórias. Também não podem ser utilizadas, em hipótese alguma, as expressões ‘*filho espúrio*’ ou ‘*filho bastardo*’. Apenas para fins didáticos utiliza-se a expressão *filho havido fora do casamento*, já que, juridicamente, todos os filhos são iguais”. O princípio decorre do art. 227, § 6º, da Constituição Federal de 1988.

7.2. Legislação aplicável correlata: art. 1.596 do Código Civil. “Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

7.3. Aplicação jurisprudencial:

[...] 3. Do princípio da igualdade entre os filhos, previsto no art. 227, § 6º, da Constituição Federal, deduz-se que não deverá haver, em regra, diferença no valor ou no percentual dos alimentos destinados a prole, pois se presume que, em tese,

os filhos – indistintamente – possuem as mesmas demandas vitais, tenham as mesmas condições dignas de sobrevivência e igual acesso às necessidades mais elementares da pessoa humana. 4. A igualdade entre os filhos, todavia, não tem natureza absoluta e inflexível, devendo, de acordo com a concepção aristotélica de isonomia e justiça, tratar-se igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades, de modo que é admissível a fixação de alimentos em valor ou percentual distinto entre os filhos se demonstrada a existência de necessidades diferenciadas entre eles, ou, ainda, de capacidades contributivas diferenciadas dos genitores. 5. Na hipótese, tendo sido apurado que havia maior capacidade contributiva de uma das genitoras em relação a outra, é justificável que se estabeleçam percentuais diferenciados de alimentos entre os filhos, especialmente porque é dever de ambos os cônjuges contribuir para a manutenção dos filhos na proporção de seus recursos. (STJ – REsp 1.624.050/MG, 2016/0082436-9, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 19/06/2018, Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 22/06/2018)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. FAMÍLIA. ALIMENTOS PROVISÓRIOS. BINÔMIO ALIMENTAR NECESSIDADE/POSSIBILIDADE. REDUÇÃO DO PERCENTUAL EM OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE FILHOS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. Os alimentos provisórios visam a atender as necessidades do alimentando até o exaurimento da lide, devendo ser fixados de acordo com as provas iniciais que instruem os autos, respeitado o binômio alimentar necessidade/possibilidade e observados os critérios de razoabilidade e proporcionalidade. 2. A obrigação alimentar decorre do poder familiar, incumbindo a ambos os genitores envidar esforços para garantir o sustento material e moral do infante. 3. Considerando a norma inserta no art. 227, § 6º da Constituição da República, que estabelece o princípio da igualdade entre os filhos, é razoável a fixação dos alimentos em valor que se assemelha àquele devido a outro irmão. (TJ-MG – AI 10000211127170001, Relator: Bitencourt Marcondes, Data de Julgamento: 05/08/2021, Câmaras Cíveis / 19ª Câmara Cível, Data de Publicação: 11/08/2021)

8. Princípio do apoio e amparo dos pais na velhice

8.1. Especificação do princípio. O princípio de proteger os pais na terceira ou quarta idades implica e realça o dever filial de amparo dos pais na velhice. Quando o filho deserta desse dever evidencia-se o abandono, afetivo e material.

8.2. Diz-se abandono afetivo inverso a inação de afeto, ou mais precisamente, a não permanência do cuidar, dos filhos para com os genitores, de regra idosos, quando o cuidado tem o seu valor jurídico imaterial servindo de base fundante para o estabelecimento da solidariedade familiar e da segurança afetiva da família.

O vocábulo “inverso” da expressão do abandono corresponde a uma equação às avessas do binômio da relação paterno-filial, dado que ao dever de cuidado repercussivo da paternidade responsável, coincide valor jurídico idêntico atribuído aos deveres filiais, extraídos esses deveres do preceito constitucional do art. 229 da Constituição Federal de 1988, segundo o qual “[...] os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência e enfermidade”.

No considerar o idoso como “pessoa em situação especial”, suscetível de cuidados compatíveis ao elevado espectro de sua dignidade e ante realidades fáticas diversas, reclama-se tutelas jurídicas específicas.

Em ser assim, desde quando o afeto juridicamente passou a ter a sua valoração, no efeito de ser reconhecido como vínculo familiar (Villega, 1980), em significado amplo de proteção e cuidado, no melhor interesse da família, a sua falta constitui, em contraponto, gravame odioso e determinante de responsabilidade por omissão ou negligência.

Oportuna a doutrina de Mário Luiz Delgado, no tema:

A Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) instituiu, no art. 12, a solidariedade passiva e facultando ao alimentando escolher entre os eventuais coobrigados aquele que, a seu critério, tiver as melhores condições econômicas de satisfazer a prestação, impedindo a intervenção de outros eventuais devedores de alimentos. Trata-se de solidariedade imposta por lei, sendo certo que no ordenamento jurídico brasileiro a solidariedade jamais se presume (CC, art. 265).

9. Princípio da proteção à pessoa idosa

9.1. Especificação do princípio. Na esteira consequencial do princípio anteriormente referido, esse princípio protetivo etário garante aos idosos o direito constitucional de receber cuidado, respeito e suporte da família, conforme o Estatuto do Idoso. A sua aplicação manifesta-se quando judicialmente utilizado em casos de abandono afetivo ou material de idosos pelos filhos ou parentes próximos, ou seja, o idoso aciona os filhos na Justiça para exigir suporte financeiro e emocional, com base no dever de amparo previsto pelo Estatuto do Idoso, quando desprovido de renda suficiente para seu autossustento.

Tem sido frequente, na práxis forense, com base no Estatuto do Idoso e no princípio da proteção à pessoa idosa, decisões judiciais determinarem que os filhos paguem pensão alimentícia ao pai, dividindo proporcionalmente os custos entre eles. Além disso, impondo o dever de visitação regular.

9.2. Os idosos representam 14,3% dos brasileiros e, dentro de cinco anos (em 2030), o número de idosos deve superar o de crianças e adolescentes de zero a 14 anos. Da população brasileira de 210 milhões, 37,7 milhões são pessoas idosas, sob a égide do art. 230 da CF.

Nesse determinado espaço temporal, estamos vivenciando a *Década do Envelhecimento Saudável (2021-2030)*, declarada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, no sentido aglutinativo de serem empreendidos esforços para que longevidade, qualidade de vida, e envelhecimento sustentável signifiquem, no seu conjunto, um “*avanço civilizatório importante em tempos em que se manifesta lamentável etarismo*”.

9.3. Interessante é anotar que foi sancionada a Lei nº 14.679/23, de 18 de setembro, alterando a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e a Lei Orgânica da Saúde (Leis ns. 9.394/96 e 8.080/90), para incluir a proteção integral dos direitos de crianças e adolescentes entre os fundamentos da formação dos profissionais da educação e para incluir a proteção integral dos direitos humanos e a atenção à identificação de maus-tratos, de negligência e de violência contra crianças e adolescentes entre os princípios do Sistema Único de Saúde.

Entretanto, às vésperas do Dia Nacional do Idoso, a Lei nº 14.679/23 omitiu tratar dos idosos, quanto ao necessário apoio à formação permanente de profissionais da educação acerca do ensino de cuidados de proteção àqueles e, ainda, no tocante a uma especial atenção do SUS quanto a identificar maus-tratos, negligências e violências contra os idosos.

Nesse aspecto, impende urgentes as iniciativas pedagógicas direcionadas às crianças e jovens “*na conscientização de um tratamento humanizado para com os idosos*” e, no particular, não se cogitou de educadores capacitados a esse fim.

10. Princípio de comunhão de vida

10.1. Especificação do princípio. A cláusula geral de “comunhão plena de vida”, como norma-princípio que remete as relações familiares a seus valores éticos e afetivos aparece, de logo, inserida no primeiro artigo do Livro de Direito de Família (art. 1.511 do Código Civil), a dizer que “o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade dos direitos e deveres dos cônjuges”.

A sua especificidade está insita do fenômeno familiar, como fato e valor; ou seja, a cláusula de comunhão representa um conceito ético e operativo, contribuindo para o aperfeiçoamento das relações familiares, a partir dos deveres mútuos de cônjuges ou de companheiros. Logo, a impossibilidade

da comunhão será causa determinante para a dissolução do vínculo conjugal (art. 1.573 do CC).

10.2. A comunhão plena de vida significa compartilhar a família nos seus atributos determinantes, onde, para além da norma, estão as pessoas comprometidas entre si, comungando interesses comuns e resultados construídos. Efetivamente, figura como uma cláusula diretiva da existência da comunidade familiar. Essa comunhão é intrínseca, como “unidade valorativa e conceitual” e serve, convenhamos, como estrutura dignificante de cada um dos integrantes do núcleo familiar. Noutra ponta, a comunhão implica uma constatação de vida, “não só com o outro, mas para o outro”, ou seja, a constituição do próprio ser, em sua vida pessoal, como vida destinada para o outro (amar para ser amado, etc.) e não bastando, também o “ser com o outro”, em realização de solidariedade plena. (Octávio Manuel Gomes Alberto, Lisboa, 2012).

O civilista português situa que “a comunhão de vida pressupõe que cada um dos cônjuges esteja permanentemente disponível para dialogar com o outro, auxiliá-lo em todos os aspectos morais e materiais da existência, colaborar na educação dos filhos, etc.”. Assim, o débito conjugal é, de fato, um dos núcleos mais decisivos da comunhão de vida. Em resumo, comunhão que se reveste de um dever mútuo de cooperação.

10.3. De notar que o chamado “dever de comunhão de leito, de mesa e de habitação”, denominado “dever de coabitação”, em nada significa mais que somente isso. Não necessariamente a comunhão de vida que constituirá a essência da união conjugal ou entre conviventes. Pode haver coabitação, sim, sem que, todavia, os que coabitam comunguem as suas próprias existências em prol de uma existência única e una. Essa existência substancial constitui, a toda evidência, o dever-ser do direito de família, onde homens e mulheres, por auxílio mútuo, integração fisiopsíquica, de interesses e de afetos, destinam-se a formar uma comunidade de vida, na clássica lição de Portalis.

Certo, então, pensar que deverá haver uma personalidade moral e jurídica da própria instituição familiar enquanto arrimada na comunhão plena de vida, o que transcende a personalidade de cada um dos partícipes. Assim, a família que como tal se expressa por essa comunhão de plenitudes, é um dos maiores bens jurídicos que a sociedade pode obter: pessoas que comungam vidas e celebram os seus vínculos. A vida põe o direito a seu serviço.

11. Princípio da paternidade/maternidade responsável

11.1. Especificação do princípio. Impõe aos pais o dever de cuidar e educar seus filhos, priorizando o bem-estar e o desenvolvimento pleno deles,

além de estimular o exercício consciente da parentalidade. Tem sido usado em ações de investigação de paternidade ou maternidade e na responsabilização de pais ausentes pelo pagamento de pensão ou participação na criação dos filhos.

Exige-se que seja refletido o princípio jurídico no seu amplo aspecto de deveres e obrigações, de ordem social, material, moral e afetiva, no sentido de fortalecer os vínculos familiares. Efetivamente, o “*bom pai*” ou “*o pai responsável*” são cláusulas de vida nas famílias constituídas. A paternidade torna-se reinventada, sempre, atendidos os costumes sociais e à exata medida das necessidades dos filhos. Ela não mais se limita à condição de provedor da família ou apenas sob a égide da menoridade civil dos filhos; impondo-se, agora, novo modelo e papéis sociais do pai.

O pai presente em todos os instantes na vida dos filhos, o “*bon père de famille*” do direito francês, diligente e amoroso, atravessando as fronteiras etárias, inclusive como o “*grande pai*”, diante dos nascimentos dos netos (o *grand-père*, do CC francês, de 21/3/1804). Não mais existem (ou não devem existir) os pais sazonais, os de tempo certo dos finais de semana, os de visitação, os do mero provimento alimentar ou aqueles ausentes do compartilhamento existencial.

11.2. Acerca da “*Responsible fatherhood*”, impõe-se ainda que o princípio jurídico, antes de mais nada, prestigie a sacrossanta missão da paternidade como uma realização espiritual. Responsabilidade parental extraída dos afetos, em construção causal da presença do pai e dos filhos existentes, favorecendo a família. Na figura do pai, as famílias ganham e reclamam maiores investimentos sociais e/ou políticas públicas.

11.3. A Lei nº 14.623/2023, de 17 de julho, é um excelente começo de políticas públicas nessa diretiva. A lei instituiu o “*Dia Nacional de Conscientização sobre a Paternidade Responsável*”, a ser comemorado, anualmente, em 14 de agosto.

Na mensagem dirigida aos membros do Congresso, o Executivo, dentre os fundamentos da proposta, alinhou importantes elementos configuradores, quais sejam:

- (i) “a paternidade responsável importa no dever de cuidados, que não se resume à assistência material (pagamento de alimentos), mas também conviver, educar, orientar, participar da vida e crescimento dos filhos” (Carvalho, 2018, p. 510);
- (ii) “[...] não resta dúvida de que a situação de bem-estar das crianças e dos adolescentes encontra-se diretamente relacionada à possibilidade de manterem um vínculo familiar estável” (Kaloustian, 1994);
- (iii) “[...] ao utilizar “*paternidade*”, a Constituição Federal refere-se tanto a homens quanto a mulheres, pois “utiliza-se do mas-

culino genérico, atendendo, inclusive, ao princípio da igualdade do homem e da mulher (art. 5º, I, CF)” (Pereira, 2017);

(iv) “O exercício da paternidade responsável pode propiciar um convívio familiar caracterizado pela confiança, cooperação, reciprocidade, no qual crescem as virtudes pessoais e sociais, e sem qual as virtudes pessoais e sociais tornam-se mais difíceis, e às vezes impossíveis, de aprender e colocar em prática” (Donati, 2003).

11.4. Ressalta-se que a Mensagem teve como suas mais importantes e recentes fontes doutrinárias, estudos do IBDFAM, os dos juristas Dimas Messias de Carvalho e Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio. Com a devida percuciência, enfatiza Rodrigo Pereira da Cunha: “Nas relações parentais, o princípio da responsabilidade está presente principalmente entre pais e filhos. Os pais são responsáveis pela criação, educação e sustento material e afetiva de seus filhos (art. 1.634 do CC). Além de princípio, a responsabilidade é também regra jurídica”.

11.5. Uma parentalidade responsável que orienta, ainda, o planejamento familiar pelo composto dos que exercitam o *múnus*, impõe, outrossim, uma devida atenção jurídica aos casos concretos, uma figura diferencial nos efeitos jurídicos do binômio paternidade-filiação, uma paternidade de assunção que não há se limitar ao seu significado meramente registral. Na consequência, certo é que alguns pais biológicos não assumem, de pronto, a paternidade natural e outros, registrais, assumem a civil com imediatidade. Aliás, a lei não oferece conceitos jurídicos de paternidade/maternidade e sequer constrói os seus estatutos próprios. Mas ao tratar da parentalidade, cuida defini-la em seu amplo espectro, dispondo o art. 1.593 do Código Civil que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”.

O tema é relevante quando, a par de o direito de família experimentar uma progressiva valorização jurídica dos direitos e interesses dos filhos (Maria Celina Bodin de Moraes, “Deveres Parentais e Responsabilidade Civil”, RBDF 31/39-66), tem-se descortinado, da maior importância, o fato de a relação paterno-filial se constituir em um direito fundamental constitucionalmente garantido.

11.6. Esse direito dos filhos implica uma paternidade responsável, como modelo único de paternidade. Pai é aquele que se a(paixona). No seu romance “A Cláusula do Pai” (“Das Andere”). (Ed. Âyiné, 2022) o escritor sueco Jonas Hassen Khemiri, no estudo de carências e confusões familiares, critica a família tratada como representar os bens materiais dos seus atores e não uma digna existência de vida. Família não é patrimônio, é afetividade, em sua extensão mais ampliada possível.

11.7. De efeito, novas questões de paternidade impactam o direito de família, a exigirem um estatuto próprio, em relevo jurídico de configurarem um novo momento da relação paterno-filial, sobretudo sob o viés da paternidade responsável. De pronto, é de se perquirir sobre o “pai-aquém”. Importa assinalar, a tanto, que incumprimentos não se reduzem, unicamente, à ocorrência da mora alimentar, diante da dignidade do instituto dos alimentos, a tudo invocar a paternidade responsável.

No ponto, entenda-se, também, que “alimentos prestados aquém da possibilidade do alimentante amesquinham o dever jurídico e implicam em uma deserção disfarçada do apoio paterno adequado e útil”⁵. Mitiga-se a qualidade de vida do filho por aquele pai que sob as suas fortunas materiais não dispõe de uma fortuna de espírito para aquinhoar o filho em toda a plenitude do amparo material e existencial adequado.

11.8. Por outro lado, a realidade da paternidade sonogada configura a mais séria lesão jurídica à paternidade responsável. Quando a Lei nº 8.560/1992 atribui à mãe a obrigação de declarar a identidade do pai, e certifica o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que mais de cinco milhões de crianças não possuem o nome do pai na certidão de nascimento, o problema da paternidade responsável invade searas de pré-constituição das responsabilidades parentais.

11.9. O princípio exorta que na valorização da vida das famílias:

(i) todo pai reconheça seu filho, como aquele que o substitui no mundo, símbolo que o perpetua, e mais que isso, o reconheça perante o mundo, digno de uma existência que o assinale, dignamente, como filho;

(ii) que todos assegurem, por afeto e responsabilidade parental, a importância existencial dos filhos, quando são ou foram e continuam sendo, ontem e hoje, todos eles também filhos;

(iii) que o direito de convivência entre pais e filhos não seja apenas assegurado por decisões de Justiça, mas resultado natural de um recíproco direito personalíssimo em segurança da qualidade de vida de ambos;

(iv) o apoio mútuo sirva de consagração do amor paterno-filial como reclama a consciência social dos valores morais. Que os filhos acolham, com *animação* os seus pais, os admitindo, com amor e reverência, nos lugares onde a alma (*anima*) (princípio vital) se encontra inteira. E que os pais desempe-

5 ALVES, Jones Figueirêdo. Do incumprimento das verbas alimentares em manifesta privação da família. *Consultor Jurídico – Conjur*, 24 jul. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jul-24/processo-familiar-verbas-alimentares-manifesta-privacao-familia>.

nhem sua divina condição, com idêntico credo-sentimento, em inafastável compromisso de vida.

11.10. Hora de valorizar os filhos que conquistamos (*paternidade responsável*) e os pais que a vida nos premiou. Conforme a poética de Mario Quintana, “que não seja apenas um rascunho de vida. Poderá não haver tempo de passar a limpo.

11.11. Aplicação jurisprudencial:

CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO DE DIVÓRCIO COM ALIMENTOS. FILHO MENOR. BINÔMIO POSSIBILIDADE E NECESSIDADE. CAPACIDADE CONTRIBUTIVA DO ALIMENTANTE. NECESSIDADES PRESUMIDAS DO ALIMENTANDO. FIXAÇÃO EM MONTANTE RAZOÁVEL. PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL. SENTENÇA MANTIDA. A fixação de alimentos deve atender ao binômio legal da necessidade do alimentado e possibilidade do alimentante, conforme o art. 1.694, § 1º, do CC. É dever dos pais prover aos filhos assistência material, educação, convívio, lazer, saúde, dentre outras responsabilidades, sendo tais necessidades presumidas, nortecendo-se, o julgador, também, pelo princípio da paternidade responsável (art. 226, § 7º, da CF). Hipótese na qual a prova produzida é suficiente para trazer um contexto geral da situação econômica do autor e não autoriza a pretendida redução do encargo alimentar. (TJ-MG – AC: 10000211082979001, Relator: Alberto Vilas Boas, Data de Julgamento: 26/10/2021, Câmaras Cíveis/1ª Câmara Cível, Data de Publicação: 27/10/2021)

12. Princípio da autonomia privada na família, o da não intervenção ou da liberdade

12.1. Especificação do princípio. Em descrição do princípio, permite-se que os membros da família decidam livremente sobre aspectos pessoais, como regime de bens no casamento, união estável, e escolhas relacionadas à criação dos filhos, desde que não violem direitos fundamentais. Em sua aplicação prática situam-se os pactos antenupciais e as decisões de planejamento familiar, como não ter filhos ou optar por métodos alternativos de reprodução.

12.2. O princípio da autonomia/liberdade é um dos mais importantes no direito de família e está presente no Código Civil. Ele visa proibir a interferência de qualquer pessoa ou do Estado na constituição da família, defende seu livre planejamento, a forma do regime de bens, a forma como administrar o patrimônio da família e o pleno exercício do poder familiar. Vale ressaltar que esse princípio diz respeito não somente à criação, manutenção ou extinção das configurações familiares, mas a sua permanente constituição e reinvenção.

Não cabe ao Estado ou à sociedade regular deveres que restringem a liberdade, a intimidade e a vida privada do indivíduo, quando essas não repercutem no interesse público.

12.3. Legislação aplicável: art. 1.513 do Código Civil. “É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”.

12.4. Aplicação jurisprudencial:

[...] Recusa na lavratura de pacto antenupcial com inclusão de cláusula de multa para o caso de traição. [...] Na forma do art. 198 da Lei nº 6.015/73 (Lei de Registros Públicos – LRP), não havendo concordância com as exigências feitas pelo Oficial, o interessado poderá requerer àquele a remessa do título ao juízo para dirimir a dúvida. [...] “In casu”, pretende o casal a inclusão de cláusula que prevê multa para o caso de traição por quaisquer dos cônjuges. A questão da possibilidade de tal inclusão é bastante controversa e tem suscitado discussões no meio doutrinário, parecendo-me mais adequada, a par dos substanciais argumentos apresentados pela zelosa Tabeliã, a posição daqueles que a admitem.

É que o pacto possui natureza de negócio jurídico, de modo que, embora seu conteúdo primordial seja mesmo patrimonial, acerca do regime de bens adotado pelo casal, nada obsta que possam os nubentes também, no referido instrumento, estabelecer ajustes extrapatrimoniais, desde que não contrários à legislação brasileira.

Nesse sentido, Maria Berenice Dias (*Manual de direito das famílias*. 11. ed. São Paulo, 2016, p. 314), sustenta a inexistência de impedimento para que os nubentes determinem, também, questões de natureza não patrimonial, porquanto o exercício da autonomia privada das partes encontraria limitação apenas na lei.

No mesmo sentido, Rodrigo da Cunha Pereira, Presidente do IBDFAM, no artigo publicado em 17/10/22, sob o título “Cláusulas existenciais em pactos antenupciais e contratos em direito de família – o “debitum” e o crédito conjugal”, pontuou que “com o realce e valorização da autonomia privada, começam a fazer parte de nossa realidade jurídica, as cláusulas existenciais nos pactos antenupciais, como já acontece em outros países. Se tais cláusulas não ferem a ordem pública, elas terão validade e eficácia”.

Ainda a corroborar tal posição, tem-se o Enunciado 635 da VIII Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: “O pacto antenupcial e o contrato de convivência podem conter cláusulas existenciais, desde que estas não violem os princípios da dignidade humana, da igualdade entre os cônjuges e da solidariedade familiar”.

Nesse contexto, o pacto antenupcial deve observar as balizas impostas pelo art. 104 do Código Civil, quais sejam, a de ter partes capazes, objeto lícito e forma legal.

Ora, a pretensão do casal de fixar multa para o caso de infidelidade, embora para muitos soe estranha, porque já se inicia uma relação pontuada na desconfiança mútua, é fruto da liberdade que os nubentes tem de regular como se dará a relação deles, certo que o dever de fidelidade já está previsto no Código Civil Brasileiro, servindo a referida cláusula penal, nesse contexto, para reforçar o cumprimento do referido dever.

Necessário registrar, ainda, a autonomia das partes e a mínima intervenção do Poder Público na esfera privada, de modo que o pacto antenupcial, como instrumento fruto da deliberação conjunta dos nubentes e de tal autonomia privada, presta-se para o casal escolher o que melhor se adequa para a vida que escolheram levar a dois.

Assim é que, com tais considerações, JULGO IMPROCEDENTE A DÚVIDA SUSCITADA, autorizando a lavratura do pacto antenupcial com a cláusula penal pretendida pelos nubentes. [...]. (Maria Luiza de Andrade Rangel Pires, Juíza de Direito da Vara de Registros Públicos da Comarca de Belo Horizonte)

13. Princípio da afetividade

13.1. Especificação do princípio. O princípio da afetividade é um conceito jurídico e social que reconhece o valor do vínculo emocional e afetivo nas relações familiares, colocando-o como um dos pilares fundamentais para a formação e regulação das famílias modernas. Ele parte da ideia de que a família não se define apenas por laços biológicos ou formais, mas também, e principalmente, pelos laços de afeto, cuidado, respeito e convivência.

Esse princípio está relacionado à noção de que o afeto deve ser uma base essencial para a constituição das relações familiares, norteador de decisões sobre guarda, convivência, filiação, adoção e outros aspectos do direito de família.

13.2. A afetividade consolidou-se como categoria jurídica no sistema brasileiro, sendo tardia, porém, a sua introdução nos textos de lei. Jurisprudência e doutrina vieram, antes, consagrá-la, a exemplo do paradigmático julgado no REsp 119.346/GO, onde o Rel. Min. Ruy Rosado reconheceu um vínculo parental afetivo duradouro, que veio denominar como “parentesco social”.

13.3. Obra pioneira e clássica no tema, “Princípio da Afetividade no Direito de Família”, de Ricardo Lucas Calderón (2013), contribuiu decididamente para otimizar o princípio.

13.4. Legislação aplicável: art. 1.593 do Código Civil. “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”. Do

referido dispositivo, construíram-se todos os elementos do princípio, com seu suporte disposto no Enunciado nº 103 da I Jornada de Direito Civil⁶.

13.5. Aplicação jurisprudencial:

[...] 3.2. O princípio da afetividade no sentido de dever jurídico para as relações com vínculo de parentalidade vincula as pessoas envolvidas a condutas recíprocas inerentes à relação. 3.3. A apuração da afetividade se dará pela verificação da presença de atos ou fatos concretos que expressam essa manifestação afetiva, restando presumida, ainda que de maneira relativa, a sua dimensão subjetiva, que trata do afeto anímico, do sentimento de afeto propriamente dito. 3.4. A dimensão subjetiva do princípio escapa ao direito, de modo que é sempre presumida, pois não cabe ao sistema jurídico analisar o sentimento das pessoas envolvidas, por não se tratar de fato social propriamente dito. 4. A despeito da tese do requerente de que houve a ruptura do vínculo de convivência e do contato telefônico, apenas um dos aspectos da socioafetividade, deve ser observado que a simples supressão desse elemento, seria insuficiente para desfazer a paternidade socioafetiva, exercida robustamente pelo autor, frise-se, ao longo de mais de trinta anos, cuja afetividade restou caracterizada em atos de carinho e de afeto, de subsistência, de suporte psíquico e emocional, de entajuda e de comunhão de vida entre as partes. (TJ-DF 07057384320208070005, 1617164, Relator: Roberto Freitas Filho, julgado em: 21/09/2022, 3ª Turma Cível, Publicação: 28/09/2022)

14. Princípio da parentalidade socioafetiva

14.1. Especificação do princípio. O princípio estabelece que a parentalidade não se limita aos laços biológicos, mas pode ser constituída pelo afeto e pela convivência, dando direitos e deveres aos pais e filhos socioafetivos. A sua aplicação, no âmbito judicial, tem sede em ações de reconhecimento de paternidade ou maternidade socioafetiva, ou seja, sem vínculo genético.

Exemplo prático, o de um padrasto que criou uma criança desde pequena e solicita judicialmente o reconhecimento como pai socioafetivo, para garantir a convivência e responsabilidades em caso de separação.

14.2. Trabalhamos sobre o tema no artigo “O padrasto enquanto estado familiar e sob os limites da paternidade socioafetiva”, Consultor Jurídico,

6 I Jornada de Direito Civil – CJF/STJ: Enunciado nº 103, com a seguinte redação: “O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho”.

31.10.2021. Web: <https://www.conjur.com.br/2021-out-31/padrastio-enquanto-estado-familiar-limites-paternidade-socioafetiva>.

14.3. Aplicação jurisprudencial:

[...] 2) A paternidade biológica não tem a capacidade de vincular, de forma inflexível, a filiação, porquanto o parentesco é natural ou civil (art. 1.593 do CC). [...] 4) A improcedência da ação negatória de paternidade baseada na consolidação da paternidade socioafetiva contempla o princípio da dignidade da pessoa humana, o melhor interesse da criança e a relevância do vínculo socioafetivo. 5) Apelo conhecido e desprovido. (TJ-AP – APL: 00375969820168030001, Relator: Desembargador Rommel Araújo de Oliveira, Data de Julgamento: 18/02/2020, Tribunal)

15. Princípio da comunidade familiar

15.1. Especificação do princípio. A comunidade familiar não está delineada em núcleos fechados, alcançando sobre a influência da identidade afetiva pessoas outras que estejam ligadas, iniludivelmente, a esse direito comunitário, a exemplo de irmãos, tios e sobrinhos. (STJ – 3ª Turma, REsp nº 1.405.456/RJ, Relª Minª Nancy Andrighi, j. em 03.06.2014).

15.2. Legislação aplicável: art. 1.593 do Código Civil. “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”.

15.3. Aplicação jurisprudencial. O elemento da identidade afetiva é, portanto, o delineamento do princípio, conforme assinala, com precisão, a jurisprudência do STJ, nestes termos:

[...] 1. Presume-se o dano moral na hipótese de morte de parente, tendo em vista que o trauma e o sentimento causado pela perda da pessoa amada são inerentes aos familiares mais próximos da vítima.

[...] 2. Os irmãos, vítimas por ricochete, tem direito a requerer a indenização pelo sofrimento da perda do ente querido...

[...] o valor indenizatório pode variar, dependendo do grau de parentesco, pois o sofrimento por morte de familiar atinge os membros do núcleo familiar em gradações diversas, o que deve ser observado pelo magistrado para arbitrar o valor da reparação. (STJ – 4ª Turma, Ag. Int. no REsp 1.165.102/RJ, Rel. Min. Raul Araújo, j. em 17.11.2016)

16. Princípio da função social da família

16.1. Especificação do princípio. Em sua descrição, visualiza-se a família em seu importante papel social, o de garantir proteção, desenvolvimento, e

segurança aos seus membros, contribuindo para a construção de uma sociedade equilibrada e harmoniosa. A sua função social apoia-se, portanto, nas decisões que visam à proteção de membros vulneráveis, como crianças, idosos, ou pessoas com deficiência, reconhecendo o papel da família como núcleo de suporte. Exemplo prático é o do genitor idoso que aciona seus filhos judicialmente para garantir assistência financeira, com base no dever de solidariedade familiar.

16.2. Na afirmativa de Giselda Hironaka (2006), a família serve como “instrumento para a realização plena da pessoa humana e não mais vislumbrada como simples instituição jurídica e social, voltada para fins patrimoniais e reprodutivos”. Nessa assertiva, a função social da família como princípio que condiz com a sua própria razão de ser, em face dos seus integrantes.

16.3. Legislação aplicável. Diego Fernandes Vieira leciona que “o princípio da função social da família encontra-se previsto nos arts. 227 e 229 da Constituição Federal, em que se extrai que cabe aos pais o dever de proteger o filho, sendo função da família promover, em um primeiro momento, as necessidades da criança e do adolescente e, posteriormente à sociedade e ao Estado.

17. Princípio da convivência familiar

17.1. Especificação do princípio. O exercício do direito de convivência familiar, seja na guarda compartilhada ou na singular, seja na própria constância da sociedade conjugal ou convivencial, deve ser garantido, antes de mais nada, pelo prudente arbítrio e conscientização dos partícipes das relações familiares, independente de regulamentação, como um poder-dever de segurança à realização pessoal dos filhos e dos próprios parceiros entre si.

17.2. No contexto, portanto, da (re)avaliação jurídica das convivências, retenhamos que o direito à convivência se extrai como imperativo dos próprios afetos; esses construídos na exata medida de suas inteiras disponibilidades. Quem valoriza a relação de convivência, dispõe-se ao apego parental ou conjugal de forma espontânea e continuada.

A tanto que não se dissipam as convivências ante determinadas circunstâncias, a exemplo de as construções afetivas ali implementadas permitirem a convivência, por direito de convívio (dito de visitação) do ex-padrasto(a) em face dos ex-enteados, que continua socioafetivamente a eles ligados; não obstante a cessação da união havida com o pai ou a mãe daqueles.

17.3. Com identidade nesse mesmo viés, foi editada a Lei nº 12.398/2011, de 29 de março, estendendo, expressamente, aos avós o direito de visitas dos

netos, com a inclusão do parágrafo único do art. 1.589 do Código Civil: “O direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente”. Aliás, os tribunais do país e do exterior têm reconhecido, de há muito, o direito dos avós em visitar os netos (RT. 187/892; 258/545; 463/84). Segundo os historiadores, a primeira decisão a respeito teria ocorrido na Suíça no ano de 1924.

17.4. Decerto, em boa medida, o direito à convivência familiar e, no mais, à convivência afetiva, dentro da celebração social do conviver, terá de ser mais trabalhado na ordem jurídica e nas decisões judiciais. Portanto, a convivência familiar corresponde à expressão viva do princípio da paternidade responsável corolário da prioridade absoluta e do melhor interesse da criança. Realmente, sendo a criança pessoa em processo de desenvolvimento, natural se atribua a ela prioridade absoluta, significando que, à frente dos adultos, estão justamente elas, as crianças. Note-se que o legislador adjetivou a priorização da criança dizendo-a absoluta. Logo, a prioridade relativa não é suficiente. Ela deve ser absoluta, pena de ser ineficaz.

17.5. Aplicação jurisprudencial. Na perspectiva de a convivência gerar e exigir gerar vínculos, justamente “em razão da entidade familiar estruturar-se das mais variadas formas e padrões, sendo ultrapassada a noção de família baseada apenas em vínculos genéticos, biológicos ou de casamento civil” (Min. Marco Aurélio Buzzi), a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça proferiu julgamento paradigmático. Sob a relatoria da Ministra Isabel Gallotti decidiu-se pela “possibilidade de coexistência da manutenção do poder familiar paterno e da adoção unilateral materna”.

18. Princípio do direito à intimidade e à vida privada

18.1. Especificação do princípio. O princípio serve a proteger os membros da família de interferências externas em questões íntimas, como a decisão de dissolver um casamento ou de viver de maneira que não siga padrões tradicionais.

18.2. O princípio também se aperfeiçoa quando é utilizado nas ações de família, onde imprime-se o segredo de justiça, para preservar o sigilo em casos de divórcio ou proteção de dados pessoais, evitando exposição indevida de questões familiares.

18.3. Aplicação jurisprudencial:

APelação CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. IMAGENS CAPTADAS DO CIRCUITO INTERNO DE SEGURANÇA DE CONDOMÍNIO

RESIDENCIAL. CESSÃO DE IMAGENS NÃO AUTORIZADA. VIOLAÇÃO DA INTIMIDADE E PRIVACIDADE. SENTENÇA PELA IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. IRRESIGNAÇÃO. RAZÕES QUE ALUDEM A PRESENÇA DE DANO MORAL INDENIZÁVEL. ATO ILÍCITO COMETIDO PELO EXCESSO (ARTIGO 187 DO CC). VIOLAÇÃO AOS Mais... FUNDAMENTAIS DA INTIMIDADE E PRIVACIDADE. SENTENÇA REFORMADA. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. PROVIMENTO DO RECURSO – O direito à intimidade e à vida privada são partes integrantes do princípio da dignidade da pessoa humana, como uma garantia fundamental, consagrada no art. 5º, X, da CF. Numa dimensão mais ampla, o direito à intimidade e à vida privada surgiu em 02/05/1948 com a Declaração Americana dos Direitos do Homem. Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito à proteção da lei. Agiu com excesso, punível, a preposta da Edificação Edilícia que, de forma inadvertida, e arbitrária, cedeu imagens do circuito interno de segurança, ao ex-marido da Recorrida, do Edifício em que a Promovida/Apelante é moradora. A casa, e aqui insere-se os Condomínios Residenciais Edifícios, é asilo inviolável [...]. (TJ-PB 0022437-28.2011.8.15.0011, Relator: Des. Leandro dos Santos, Data de Julgamento: 10/09/2019, 1ª Câmara Especializada Cível)

19. Princípio de intervenção mínima do Estado

19.1. Especificação do princípio. O princípio da intervenção mínima tem origem no direito penal afirmando que o Estado deve intervir o menos possível na vida em sociedade, somente atuando quando, comprovadamente, os demais ramos do direito não forem capazes de proteger aqueles bens considerados de maior importância. Em matéria de família, tem idêntica aplicação na reportada circunstância.

19.2. Legislação aplicável. Art. 1.637 do Código Civil. “Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha”.

19.3. Aplicação jurisprudencial:

[...] O poder familiar é um dever dos pais, competindo-lhes, principalmente, o dever de sustento, educação e guarda dos filhos menores, nos termos do art. 1.634 do Código Civil e art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA. Caso os pais não se desincumbam do seu dever para com os filhos menores, deve o Estado intervir na família para defender o in-

teresse dos menores envolvidos, de acordo com o art. 1.637 do Código Civil. Conforme o art. 19 do ECA, antes de se tomar medidas drásticas de suspensão ou destituição do poder familiar, deve-se sempre intentar medidas para a reestruturação da família natural em observância ao princípio da prevalência da família natural. Em se tratando de criança ou adolescente que não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, a guarda será definida preferencialmente a quem revele compatibilidade com a medida, considerado o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade, conforme § 5º do art. 1.584 do CC/2002 – [...]. (TJ-MG – AI: 14073092120218130000, Relator: Des.(a) Ângela de Lourdes Rodrigues, Data de Julgamento: 09/02/2023, Câmaras Especializadas Cíveis/8ª Câmara Cível Especializada, Data de Publicação: 13/02/2023)

20. Princípio da pluralidade das entidades familiares

20.1. Especificação do princípio. Esse princípio define que a família não é apenas a tradicional ou nuclear (pai, mãe e filhos), mas inclui novas configurações familiares, como uniões homoafetivas, famílias monoparentais, multiespécies (com presença de animais de estimação), entre outras.

20.2. A sua aplicação tem largo espectro quando decisões judiciais assegura a entidade em inclusão de planos saúde ou reconhece-lhe demais direitos. A exemplo do registro civil, quando um casal homoafetivo adota uma criança e tem seus direitos reconhecidos legalmente, onde indicados ambos como pais ou mães.

20.3. Aplicação jurisprudencial:

[...] A competência para legislar sobre direito de família é privativa da União, *ex vi* do art. 22, I, da Constituição Federal, portanto, dotada de inconstitucionalidade formal norma municipal que apresenta o conceito de família. 2. Não é dado à legislação municipal limitar o conceito de famílias às heteroafetivas e às monoparentais quando o Supremo Tribunal Federal já conferiu interpretação extensiva, não reducionista a tal conceito, sobretudo, quando por consequência pode ser imposta a limitação na oferta de políticas públicas em decorrência da classificação do instituto. (ADIn nº 4.277/DF e ADPF nº 1.352/RJ)

21. Princípio da monogamia

21.1. Especificação do princípio. A família brasileira tem sido aceita como uma família monogâmica, formada por um casal em formação do núcleo familiar, com os seus descendentes. No contraponto, as uniões poliafetivas

colocam em antagonismo esse princípio, suscitando debates da doutrina e da jurisprudência.

De notar, ademais, que em se tratando de casamento, tipifica o Código Penal o crime de bigamia, quando o art. 235 comina a pena de reclusão de dois a seis anos, quando contrair alguém, sendo casado, novo casamento.

21.2. Anota-se, em doutrina, importantes estudos do tipo penal bigamia e os seus impactos para a poliafetividade, de Adrielly Letícia Silva Oliveira e Stella Curiati Mimessi⁷, e do Paralelismo afetivo e seus efeitos jurídicos, de Elisandra Alves Ferreira⁸. Por todos, destacam-se as obras “Famílias Simultâneas”, de Bruno Canhetti (Ed. Thoth, 2024); “As Famílias simultâneas e seu regime jurídico”, de Luciana Brasileiro (Ed. Fórum, 2019), “Famílias Poliafetivas”, de Cláudia Viegas (D’Plácido, 2. ed., 2021) e, pioneiramente, “Famílias Simultâneas e seus efeitos jurídicos”, de Letícia Ferrarini (Livraria do Advogado, 2010).

21.3. Aplicação jurisprudencial:

[...] A existência de uma declaração judicial de existência de união estável é, por si só, óbice ao reconhecimento de uma outra união paralelamente estabelecida por um dos companheiros durante o mesmo período, uma vez que o art. 226, § 3º, da Constituição se esteia no *princípio* de exclusividade ou de *monogamia*, como requisito para o reconhecimento jurídico desse tipo de relação afetiva inserta no mosaico familiar atual, independentemente de se tratar de relacionamentos hétero ou homoafetivos. 5. Tese para fins de repercussão geral: “A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do art. 1.723, § 1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da *monogamia* pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro”. 6. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (STF, Tribunal Pleno, RE 1.045.273, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 21.12.2020; Publicação: 09.04.2021)

Notas conclusivas

A nova ordem constitucional ditada com a Carta de 1988 tem conferido orientação magna a respeito de determinados princípios em suas dimensões axiológicas.

7 Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1745/O+tipo+penal+bigamia+e+os+impactos+para+a+poliafetividade>.

8 Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1088/Paralelismo+afetivo+e+seus+efeitos+jur%C3%ADdicos>.

Lado outro, o Código Civil em sua versão de 2002 e no seu anteprojeto de atualização (2024) tem contribuído para uma principiologia fundamental ao direito familista.

Demais disso, certo é que o princípio constitucional da igualdade, como situado no Direito de Família, não mais apenas alcança a igualdade substancial entre os filhos (art. 226, § 6º, da Constituição), a igualdade entre os cônjuges e companheiros (art. 1.511 do Código Civil) e a igualdade na direção da sociedade conjugal, exercida em colaboração pelo marido e mulher (art. 1.567 do Código Civil). Uma nova igualdade caminha a alcançar o pa(ma)drastio em condição equipotente a do(a) genitor(a) biológico(a), quando enteados são considerados como filhos de fato dos novos companheiros dos seus pais, formando-se paternidades ou maternidades duplas. Certo também, nas famílias recompostas, imperativo pelo casamento, que ambos os consortes, assumam mutuamente as responsabilidades pelos encargos da família (art. 1.565 do Código Civil).

Nesse ser assim, os princípios conclamam um modelo determinante para a sua aplicação na seara do direito de família e o presente estudo relaciona-se a essa ideia de fomentar a devida assertividade para a afirmação deles e dos próprios direitos que carregam consigo.

TITLE: Fundamental principles of family law and their necessary applications

ABSTRACT: Given the important role of principles in family relations, this paper initially sets out to list the fundamental principles, namely: (i) the dignity of the human person, provided for in Article 1st, item III, of the 1988 Federal Constitution. First and foremost, the person who makes up the household unit is valued, rather than the representativeness of the assets. (ii) Family solidarity (article 1st, item III). (iii) equality between spouses and partners (article 226, paragraph 5th). (iv) equality in the headship of the family entity (articles 226, paragraph 5th, and 227, paragraph 7th). (v) freedom of family planning (article 226, paragraph 7th). (vi) the best interests of the child (article 227, *caput*). (vii) equality between children (article 227, paragraph 6th). (viii) the support and support of parents in old age (art. 229, *caput*). Then there are the general principles, which include affection, family life, communion of life, responsible paternity/maternity, non-intervention and freedom (autonomy of will) and the social function of the family. The specific role of principles is enhanced by their parameters of application in the jurisprudential process of the law, in order to meet all the demands of justice that are required, particularly in family law.

KEYWORDS: Principles. Fundamental. Dignity. Solidarity. Equality. Freedom. Affection. Paternity. Autonomy. Social function.

Referências

ALVES, Jones Figueirêdo. Do incumprimento das verbas alimentares em manifesta privação da família. *Consultor Jurídico – Conjur*, 24 jul. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jul-24/processo-familiar-verbas-alimentares-manifesta-privacao-familia>.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *O princípio fundamental da dignidade humana e sua concretização judicial*. Disponível em: https://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=5005d7c7-cb21-4fbb-bc4d-12affde2dbbe. Acesso em: 24 jan. 2025.

ANDRADE, Denise Almeida de. *Planejamento familiar: igualdade de gênero e corresponsabilidade*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017.

ÁVILA, Humberto. *Têoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CORTÊS, António. *Jurisprudência dos princípios*. Ensaio sobre os fundamentos da decisão jurisdicional. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010.

DELGADO, Mário. *A obrigação alimentar da pessoa idosa*. Disponível em: <https://marioluizdelgado.com/a-obrigacao-alimentar-da-pessoa-idosa/>

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais de direito de família*. São Paulo: Atlas, 2008.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

RODRIGUES, Renata de Lima. *Planejamento familiar: limites e liberdade parentais*. Indaiatuba (SP): Foco, 2021.

SOBRAL, Mariana Andrade. Princípios constitucionais e as relações jurídicas familiares. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 81, out 2010. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8400. Acesso em: 30 maio 2019.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito de família*. 19. ed. São Paulo: Gen/Método, 2024. v. 5.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 15. ed. São Paulo: Gen/Método, 2025.

VIEIRA, Diego Fernandes. *Direito à convivência familiar: novas tendências e desafios contemporâneos*. Londrina (PR): Thoth, 2021.

VILLELA, João Baptista. *Liberdade e família*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1980.

Recebido em: 24.01.2025

Aprovado em: 11.02.2025

A Transmissibilidade dos Alimentos no Campo Sucessório

DANIELA SOARES HATEM

*Doutora e Mestre em Direito Privado pela PUC Minas.
Professora da PUC Minas – Unidades São Gabriel e Barreiro.
E-mail: danishatem@gmail.com.*

GABRIEL GOMES DA LUZ

*Mestrando e Graduado em Direito pela PUC Minas.
Advogado. E-mail: dluz.gomesadv@gmail.com.*

MATHEUS OLIVEIRA MAIA

*Mestrando e Graduado em Direito pela PUC Minas.
Advogado. E-mail: oli.matheus.maia@gmail.com.*

RESUMO: O presente artigo objetiva apresentar uma análise conceitual acerca da transferência patrimonial no direito de sucessões, buscando apresentar aspectos diversos do conceito de transmissão *causa mortis* e defender a transmissibilidade dos alimentos no campo sucessório, pois, se, de um lado, os alimentos são personalíssimos, e, em princípio, intransmissíveis se ainda não venceram, por outro, o amparo ao filho é uma obrigação deixada pelo falecido.

PALAVRAS-CHAVE: Direito de família. Direito das sucessões. Transmissão de alimentos ao espólio. Pensão alimentícia. Pessoas obrigadas ao pagamento da pensão alimentícia.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Contextualização sobre sucessão *causa mortis*. 2. Transmissão das relações patrimoniais na sucessão *causa mortis*. 3. A questão da (in)transmissibilidade dos alimentos no campo sucessório. Considerações finais. Referências.

Introdução

Os alimentos vencidos integram uma dívida deixada pelo falecido que deve ser suportada pelo espólio. Mas, e quanto aos alimentos futuros, ainda não vencidos? Poderia haver antecipação do vencimento a fim de que o filho, sujeito a alimentos, especialmente na infância, fase na qual necessitaria ainda de mais cuidados, pudesse cobrar alimentos a vencer do espólio?

Este breve estudo busca analisar as teses entre alguns dos autores do Direito sucessório, visando uma reflexão geral sobre o atual debate sobre um assunto que comporta uma problemática de décadas. Assim, o que se espera é uma análise que permita derrubar conceitos pré-estabelecidos sobre o tema em foco, qual seja, se seria possível à transmissão de alimentos ao espólio.

Nesse breve estudo, será traçada a possibilidade de pedir alimentos vencidos ao espólio, apesar dos alimentos serem personalíssimos, em detrimento de se exigir o pagamento da pensão alimentícia em face de outros parentes mais distantes em comparação ao pai/mãe falecido, como os irmãos, a não ser que não haja recursos suficientes na herança para custear tais encargos ou que o quinhão recebido pelo alimentando já seja suficiente para custear tais despesas.

1. Contextualização sobre sucessão *causa mortis*

O termo sucessão *lato sensu* significa o ato pelo qual uma pessoa assume o lugar de outra, substituindo-a na titularidade de determinados bens e direitos. Como bem destaca Carlos Roberto Gonçalves, numa compra e venda, por exemplo, o comprador sucede ao vendedor, adquirindo todos os direitos que a este pertenciam. De forma idêntica, ao cedente sucede o cessionário, acontecendo o mesmo em todos os modos derivados de adquirir o domínio ou o direito (Gonçalves, 2021, p. 6).

Buscando inspiração etimológica, sucessão vem do latim *successio*, do verbo *succedere* (*sub + cedere*), significando substituição, com a ideia subjacente de uma coisa ou de uma pessoa que vem depois de outra.

Devemos notar que toda e qualquer relação jurídica, necessariamente, é composta pelo seguinte trinômio: de um sujeito, de um objeto e de um vínculo entre eles. Observa-se que o sujeito ou o objeto podem, eventualmente, ser modificados, substituídos por outro sujeito ou por outro objeto. É exatamente nesse campo de substituições o qual se perfaz o fenômeno *sucessório*. A sucessão, assim, é a substituição do sujeito ou do objeto de uma relação jurídica. Quando se trata da substituição do objeto de uma relação jurídica, tem-se a sub-rogação real.

Por outro norte, quando se tratar de substituição do sujeito de uma relação jurídica, caracterizar-se-á a sub-rogação pessoal. Carlos Roberto Gonçalves destaca se tratar da “permanência de uma relação de Direito que perdura e subsiste a despeito da mudança dos respectivos titulares” (Gonçalves, 2021, p. 19).

A sub-rogação pessoal pode se dar tanto *inter vivos*, quanto *causa mortis*, seja o sujeito ativo, seja o passivo. E é exatamente aqui

que exsurge o Direito das Sucessões: regulamenta a substituição do sujeito (ativo ou passivo) de uma relação jurídica em razão do óbito do seu titular (Farias; Netto; Rosenvald, 2016, p. 32).

Segundo Carlos Maximiliano, direito das sucessões, em sentido objetivo, é o conjunto das normas reguladoras da transmissão dos bens e obrigações de um indivíduo em consequência da sua morte. No sentido subjetivo, mais propriamente se diria – direito de suceder, isto é, de receber o acervo hereditário de um defunto (Maximiliano, 1942, p. 2).

O Direito sucessório é conhecido por muitos como o direito dos mortos, como leciona Paulo Lôbo: “o direito das sucessões não é dos mortos, mas, sim, dos vivos. São estes os reais titulares e destinatários dele”. Complementa que “para que haja a sucessão hereditária são necessários dois requisitos: primeiro, o falecimento da pessoa física (*de cuius*); segundo, a sobrevivência do beneficiário, herdeiro ou legatário (princípio da coexistência)” (Lôbo, 2016, p. 16).

O mesmo autor conceitua o direito das sucessões como o ramo do direito civil que disciplina a transmissão dos bens, valores, direitos e dívidas deixadas pela pessoa física aos seus sucessores, quando falece, além dos efeitos de suas disposições de última vontade. Sob o ponto de vista material, quando uma pessoa morre ela deixa coisas: seu corpo e sua herança (Lôbo, 2016, p. 7).

Pablo Stolze Gagliano conceitua a morte como:

Um fato jurídico, ou seja, um acontecimento apto a gerar efeitos na órbita do Direito. No entanto, a depender da circunstância, o enquadramento deste fato poderá, em nível subtipológico, variar: a morte natural de uma pessoa de avançada idade é, nessa linha, um “fato jurídico em sentido estrito”; ao passo que um homicídio traduz um “ato ilícito” (Gagliano; Pamplona Filho, 2022, p. 15).

De início, tinha fundamento religioso, exigindo que o falecido tivesse um continuador de seu culto, que lhe fizesse os sacrifícios apropriados e oportunos, oferecendo o banquete fúnebre. O patrimônio era da família, que cultuava seus antepassados como deuses domésticos. A sucessão era calcada no direito de primogenitura, sendo o falecido sucedido na chefia da família e do patrimônio familiar pelo primeiro filho varão (primogênito). Posteriormente, a ideia de sucessão desenvolveu-se e passou a ter fundamento econômico. O desejo de segurança inspira o acúmulo patrimonial; a proteção da prole inspira sua transmissão (Carvalho; Carvalho, 2009, p. 1-2).

César Fiuza ensina que, originariamente, não se cogitava de sucessão *causa mortis*, pois os bens do falecido pertenciam ao grupo, já que não havia

propriedade individual. Com o advento da propriedade individual, surgiu a ideia de sucessão (Fiuza, 2001, p. 646-647).

O direito sucessório tem forte vinculação ao Direito de Propriedade, é evidente (embora também esteja ligado potencialmente a aspectos de Direito de Família), motivo pelo qual a sua efetiva compreensão exige alguma reflexão sobre seus fundamentos ideológicos (Gagliano, Pamplona Filho, 2022, p. 16).

Nos dizeres de Clóvis Beviláqua (1945, p. 14-15):

Juristas e filósofos há, para os quais o direito hereditário é uma criação obnóxica da lei, que deve, quanto antes, ser eliminada. Montesquieu achava que “a lei natural ordenava aos pais que alimentassem os seus filhos, mas não os obrigava a fazê-los herdeiros”. Augusto Comte, julgando imoral a sucessão legítima, dizia, por seu turno, que, no estado normal da civilização, os filhos, “depois de receberem uma educação completa, não deviam esperar dos pais, qualquer que fosse a sua fortuna, senão o auxílio indispensável para a honrosa inauguração da carreira que escolhessem”. A origem da riqueza, sendo social, em proveito da sociedade deveria ela reverter com o falecimento dos indivíduos, que a detinham. Stuart Mill, ao passo que justifica a sucessão testamentária e contratual, opõe-se, tenazmente, à sucessão intestada, principalmente quando esta vai beneficiar parentes colaterais. Outros escritores têm insistido nas mesmas ideias depreciativas do direito hereditário, preparando assim o terreno para a propaganda dos socialistas de todos os matizes que, por seu lado, quebram lanças pela abolição da sucessão *causa mortis* em proveito dos indivíduos.

Acerca da herança no campo sucessório Gagliano ressalta que:

Embora seja evidente a origem ideológica que o sistema capitalista confere ao Direito sucessório, é de clareza solar que tal tema não é um fenômeno decorrente de uma sistematização ocidental moderna, mas, sim, do reconhecimento, como visto, da propriedade privada como um direito, o que antecede ao surgimento do próprio capitalismo, sendo tutelada por normas constitucionais e naturais (Arruda *apud* Gagliano, 2017, p. 48).

2. Transmissão das relações patrimoniais na sucessão *causa mortis*

Sobrevindo a perda da personalidade jurídica, ou seja, advindo a morte do ser humano, há ocorrência da chamada *saisine*, derivada do vocábulo latino *sacire*, que significa “apropriar-se”, “se imitar na posse”, “por para dentro”.

“O referido princípio importantíssimo no campo sucessório é uma ficção jurídica, que autoriza uma apreensão possessória de bens do *de cuius* pelo herdeiro vocacionado, legítimo ou testamentário”.

Como maneira de melhor compreensão, o eminente Professor Sílvio de Salvo Venosa define *saisine* como o direito que têm os herdeiros de entrar na posse dos bens que constituem a herança (Venosa, 2003, p. 29).

Pela simples leitura do art. 1.784 do Código Civil de 2002 é possível visualizar que a teoria *droit de saisine* ocasiona que todos os bens do falecido se transfiram, de imediato, com sua morte, aos seus herdeiros, legítimos ou testamentários.

Acerca do referido princípio preleciona Rodrigo Alves da Silva (2012) em seu artigo:

Tal principiologia, em nosso ordenamento jurídico, mantém certa tradição secular, haja vista que já se encontrava inserida no Código Civil de 1916 (Código Bevilácqua), revelando nítida influência do conhecido Código Napoleônico de 1.804, de índole liberal, regido pelo *laissez faire laissez passer*.

Com relação ao referido princípio, o renomado doutrinador Caio Mario da Silva Pereira (2007, p. 14-15) elenca alguns dos seus efeitos:

1. abre-se a herança com a morte do sujeito, e no mesmo instante os herdeiros a adquirem. Verifica-se, portanto, imediata mutação subjetiva;
2. não é o fato de estar próximo que atribui ao herdeiro a posse e propriedade dos bens, mas sim a sucessão – a posse e a propriedade advêm do fato do óbito;
3. o herdeiro passa a ter legitimidade *ad causam* (envolvendo a faculdade de proteger a herança contra a investida de terceiros);
4. com o falecimento do herdeiro após a abertura da sucessão, transmite-se a posse e propriedade da herança aos seus sucessores, mesmo sem manifesta aceitação;
5. mesmo que os bens não estejam individualizados e discriminados, constitui a herança em si mesma um valor patrimonial, e, como tal, pode ser transmitida *inter vivos*;
6. com o falecimento do herdeiro após a abertura da sucessão, transmite-se a posse e propriedade da herança aos seus sucessores, mesmo sem manifesta aceitação.

Como bem ressalta Orlando Gomes, o conteúdo do direito de sucessão não é ilimitado. Apesar de o herdeiro assumir a posição jurídico-econômica do defunto, não se lhe transmitem todos os direitos de que este era, ou podia ser titular (Gomes, 2008, p. 10).

Portanto, apenas as relações jurídicas patrimoniais (cunho econômico e corpóreo) são transmissíveis e suscetíveis à substituição do sujeito da relação jurídica quando da morte do seu titular. Como decorrência do instituto

jurídico da *saisine*¹, as relações jurídicas personalíssimas serão extintas quando do falecimento do seu titular, em face de seu caráter *intuitu personae*.

Não há, via de consequência, qualquer transmissão de direitos quando se tratar de uma relação jurídica personalíssima. Com isso, percebe-se que herdeiro não é um mero continuador da personalidade do falecido, ou seu representante, até porque o morto não o pode ter (Almada, 2006, p. 27). Com efeito, o sucessor assume a titularidade das relações patrimoniais de quem morreu, em uma verdadeira mutação subjetiva (Farias; Braga Netto; Rosenvald, 2022, p. 1.369).

Por outro norte, quando se tratar de uma relação jurídica patrimonial, a morte do sujeito (ativo ou passivo) implicará na transmissão dos direitos e/ou obrigações respectivas do falecido aos seus sucessores. Esse conjunto de relações jurídicas patrimoniais que eram titularizadas pelo falecido e que se transmite aos seus sucessores é o que se denomina herança.

3. A questão da (in)transmissibilidade dos alimentos no campo sucessório

Para explicar a natureza jurídica dos alimentos é necessário discorrer sobre o que é a natureza jurídica e sua importância para entendermos a relevância do presente artigo. Segundo Maria Helena Diniz, podemos afirmar que a natureza jurídica é “a afinidade que um instituto tem, em diversos pontos, com uma grande categoria jurídica, podendo nela ser incluído o título de classificação” (Diniz, 2004, p. 30).

A partir desse conceito, podemos observar sua importância de acordo com Teresa Negreiros (2006, p. 341-342, *apud* Branco, 2013, p. 149) que afirma que “[...] as classificações jurídicas, se, por um lado, pecam por tentar reduzir a categorias abstratas fenômenos complexos, por outro lado, têm a importante função de sistematizar o conhecimento jurídico e [...] podem inclusive apoiar importantes reformulações no tratamento dogmático dos institutos e na sua aplicabilidade concreta”.

Logo, a partir dessa perspectiva, podemos identificar que compreender a natureza jurídica é devidamente necessário para observar qualquer aspecto jurídico, uma vez que apresenta o campo do Direito dos princípios em que o instituto em foco se baseia e que pode se relacionar às normas a ele aplicáveis.

1 Trata-se de princípio fundamental do Direito Sucessório, em que a morte opera a imediata transferência da herança aos seus sucessores legítimos e testamentários, visando impedir que o patrimônio deixado fique sem titular, enquanto se aguarda a transferência definitiva dos bens aos sucessores do falecido.

A partir desse conceito, pode-se entender que a natureza jurídica personalíssima de um instituto tem como escopo tutelar a integridade física do indivíduo², logo, sua titularidade não passa a outrem (Diniz, 2021, p. 684).

Em contrapartida, a inteligência do art. 1.700 do Código Civil de 2002 dispõe que: “A obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor”.

No entanto, tratando-se de uma obrigação personalíssima, poder-se-ia pensar que os alimentos não deveriam admitir transmissão em razão da morte do devedor, devendo gerar a sua automática extinção pelo falecimento do alimentante – ou alimentado. Como assevera Nelson Rolsenvald, apenas as prestações vencidas e não pagas é que se transmitiriam aos herdeiros, dentro das forças do espólio, por se tratar de dívida do falecido, transmitida juntamente com o seu patrimônio, em conformidade com a transmissão operada por *saisine*³ (Farias; Braga Netto; Rosenvald, 2016, p. 1.369).

Em primazia e respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III), faz-se necessária a transmissibilidade de forma excepcional dos alimentos no momento da morte. Assevera-se que se transferidos os alimentos vencidos e vincendos, é imprescindível o reconhecimento judicial da obrigação antes da morte do defunto, ressaltando que o espólio pode ser citado e colocado como réu em ação de cobrança de alimentos após aberta a sucessão.

Feitas essas considerações, o egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no julgamento da Apelação Cível 1.0000.21.214601-3/001, fixou entendimento de que o espólio tem a obrigação de continuar prestando alimentos àquele a quem o falecido devia:

APELAÇÃO CÍVEL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA ALIMENTAR. MORTE DO EXECUTADO. DÍVIDA ALIMENTAR PRÉ-CONSTITUÍDA. TRANSMISSÃO AOS HERDEIROS. ART. 1.700/CC. LIMITES DA HERANÇA.

2 A propósito, observa Rolf Madaleno: “Os alimentos são fixados em razão do alimentado, como sendo um direito estabelecido, de regra, intuito personae. Visa preservar estritamente a vida do indivíduo, não podendo ser repassado esse direito a outrem, como se fosse um negócio jurídico, embora a obrigação alimentar possa ser transmitida aos herdeiros do devedor (CC, art. 1.700). [...] E este caráter pessoal dos alimentos deriva de alguns pontuais aspectos. Em primeiro lugar, é personalíssimo enquanto pessoal é o vínculo familiar entre o devedor e o credor que compõem os polos da relação obrigacional. O crédito e a dívida são inseparáveis da pessoa porque estão baseados em determinada qualidade que não é transmissível. Em segundo plano são pessoais porque surgem de uma situação concreta das possibilidades de um e das necessidades do outro e os alimentos só podem ser reclamados por quem está em estado de necessidade e só são devidos por quem tem meios para atendê-los. Em terceiro lugar, a finalidade dos alimentos não tem o caráter patrimonial, pois o seu estabelecimento e a sua fixação têm em mira assegurar a conservação da vida, do cônjuge, companheiro ou parente, atendendo suas vindicações de cunho material e espiritual, qual seja, a satisfação de uma necessidade essencialmente pessoal (*Curso de direito de família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 840-81)” (TJSC, ApC 2012.006683-0, Rel. Des. Trindade dos Santos, 24ª Câmara de Direito Civil, j. 14.8.2013).

3 “Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”.

ART. 1.792/CC. HABILITAÇÃO EM INVENTÁRIO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. ALIMENTOS PROVISIONAIS. NECESSIDADE DO MENOR. PRECEDENTES STJ. SENTENÇA REFORMADA.

1. Transmite-se, aos herdeiros do alimentante, a obrigação de prestar alimentos, nos termos do art. 1.700 do CC.
2. Responde o herdeiro pelas obrigações já assumidas e constituídas pelo falecido, até os limites da força da herança, nos termos do art. 1792 do CC.
3. Se o sujeito, já condenado a pagar pensão alimentícia, deixou saldo devedor em aberto, poderá o credor (alimentando), habilitar o seu crédito no inventário.
4. 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 (REsp 1.010.963/MG, Rel^a Min^a Nancy Andriighi, Terceira Turma, julgado em 26/06/2008, DJe 05/08/2008).
5. Apelação parcialmente provida. (Ac. na Apelação Cível nº 1.0000.21.214601-3/001, Rel. Des. Fábio Torres de Sousa, julgado em 01.03.2023, publicado em 17.03.2022)

De forma acertada, os eminentes Desembargadores da causa em análise deram provimento à apelação, para determinar que o feito tenha prosseguimento com a substituição processual devida em razão da morte do executado, o que não exclui a necessidade de habilitação do crédito alimentar em sede de inventário, nos termos da fundamentação.

O referido julgador bem ponderou que, visando proteger os interesses do menor deve-se proceder à necessária substituição processual pelo espólio do executado, o que não exclui a necessidade de habilitação do crédito alimentar em sede de inventário, com posterior acerto de contas e determinou que o espólio continuasse pagando os alimentos, mesmo as prestações ainda não vencidas.

No mesmo sentido a Corte Superior de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 219.199/PB:

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 cuius* 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. (Ac. no REsp 219.199/PB, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Rel. p/ acórdão Ministro Fernando Gonçalves, Segunda Seção, julgado em 10.12.2003, DJ de 03.05.2004)

Em caso análogo restou decidido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo que:

AÇÃO RESCISÓRIA. PRELIMINAR. Inépcia da inicial não configurada. Depósito judicial efetuado nos termos do art. 968, II, do CPC, ainda que posteriormente ao ajuizamento do feito e de forma espontânea, diante da ausência de determinação judicial para comprovação do recolhimento, motivo pelo qual não há que se falar em indeferimento da inicial nesta fase do processo. Rejeição. MÉRITO. Acórdão que manteve a procedência da ação de investigação de paternidade *post mortem* c/c alimentos e petição de herança. Pleito de rescisão do acórdão com fundamento no art. 966, V, do CPC. Ausência de manifesta violação ao art. 1.700 do Código Civil. Argumentos dos autores expressamente refutados na r. sentença, confirmada pelo v. acórdão. Incidência da Súmula nº 343 do E. STF (“não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”). Impossibilidade de utilização desta via como sucedâneo de recurso. Ação rescisória julgada improcedente. Diante da sucumbência, os autores devem arcar com o pagamento de custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios no importe de 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, § 2º, do CPC. (Ac. na Ação Rescisória 2011247-80.2019.8.26.0000; Rel. Gilberto Cruz; Órgão Julgador: 5º Grupo de Direito Privado; julgado em 22.11.2022; publicado em 22.11.2022)

Vale-se observar que nessa primeira situação, pode-se deparar com a transmissibilidade de alimentos, no sentido de que o espólio de um pai falecido foi condenado ao pagamento da pensão alimentícia, inclusive parcelas vencidas, posteriormente ao seu falecimento. Diante dessa situação, o entendimento do TJSP observou a necessidade do pagamento dessa pensão decorrer da herança do falecido. Porém, os autores da ação rescisória foram contra essa decisão, alegando que não havia que se falar sobre obrigação alimentar dos herdeiros, uma vez que não era preexistente ao falecimento do pai do demandado.

Portanto, a 9ª Turma de Direito Privado do TJSP observou com nitidez, sobre a transmissibilidade dos alimentos, uma vez que, fundamentou-se no art. 1.700 do Código Civil, e alegou a possibilidade da transmissibilidade da obrigação aos herdeiros do devedor.

Pode observar também a seguinte jurisprudência:

Alimentos. Falecimento do devedor. Extinção da obrigação que não se dá, ao menos sempre e automaticamente, pelo óbito, antes do término do inventário, durante o qual a verba se pode pagar de modo excepcional. Questão sedimentada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, inclusive distinguindo a situação de quem seja ou não herdeiro do falecido, conforme ainda haja ou não obrigação antes assentada e acaso persistam seus fundamentos. Pensão, no caso, antes fixada e por sentença judicial, o mais se devendo discutir de modo próprio, sem obviar, a priori, a medida pretendida na origem. Decisão revista. Recurso provido. (Ac. no Agravo de Instrumento 2092034-91.2022.8.26.0000; Rel. Claudio Godoy; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional XI – Pinheiros – 2ª Vara da Família e Sucessões; Data do Julgamento: 31/10/2022; Data de Registro: 04/11/2022)

Podemos observar nessa segunda situação, relatada pela 1ª Câmara de Direito Privado do TJSP, que houve a discussão da aplicação do Código Civil de 1916, que mostrava em seu art. 402 que a obrigação de prestar alimentos não era transmitida aos herdeiros do devedor. Essa ainda foi apreciada e sentenciada no sentido de extinguir-se o débito alimentar. Porém, a parte autora ajuizou agravo de instrumento, apontando a lei do Divórcio, conforme o seu art. 23 que afirmava que a obrigação de prestar alimentos transmitia-se aos herdeiros, com fundamento no art. 1.796 do Código Civil Brasileiro de 1916.

Assim, a 1ª Câmara de Direito Privado decidiu, que a Lei do Divórcio deveria ser aplicada, nesse caso, devendo seus dispositivos se aplicarem genericamente a prestações alimentícias de qualquer natureza. O filho menor promoveu ação cautelar para obter alimentos provisionais do espólio do pai, enquanto se processava o inventário.

Por outro norte, o espólio somente responderá pela dívida (alimentos vincendos) no limite de forças da herança, haja vista que a dívida é oriunda do *de cuius*, não sendo obrigação originária dos herdeiros, respeitado o disposto no art. 1.792 do Código Civil de 2002:

Art. 1.792. O herdeiro não responde por encargos superiores às forças da herança; incumbe-lhe, porém, a prova do excesso, salvo se houver inventário que a escuse, demonstrando o valor dos bens herdados.

Acerca da legitimação no processo civil assevera Sergio Bermudes (2002, p. 54):

A legitimidade das partes é condição da ação que “se configura na simples coincidência entre a situação afirmada (apenas afirmada) pelo autor, ao propor a ação, e o esquema de proteção traçado pela lei.

Quanto à legitimidade ativa para a cobrança dos alimentos ao espólio, há quem diga que, falecido o alimentante, o alimentando terá o direito de exigir do espólio o cumprimento da obrigação, até ultimado o inventário, com o trânsito em julgado da partilha, em face da ampla dicção do art. 1.700 do CC⁴.

Nesse sentido o STJ:

Não é possível aos herdeiros vestirem, ao mesmo tempo, a condição de herdeiros responsáveis pela obrigação alimentar e destinatários dos alimentos. No fundo, os herdeiros não são titulares da ação de alimentos contra o espólio. A tanto não pode chegar, a meu sentir, a interpretação do art. 23 da Lei de Divórcio. A manutenção dos filhos, herdeiros, não será resolvida na ação de alimentos, mas, sim como inseriu o Relator, no inventário, mediante o fruto dos bens integrantes do espólio, cabendo ao Juiz sobre o ponto, como ocorrente em diversas situações. (Ac. no REsp 232.901-99/RJ, Ministro Ari Pargendler, 3ª Turma, publicado em 1/08/2000, p. 269)

Passados 23 anos, o referido egrégio Tribunal, no julgamento do REsp 1.835.983/PR como um suposto *overruling*⁵, entendeu que transmissão da obrigação alimentar ao espólio, desde que o alimentado seja herdeiro do falecido:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. ALIMENTOS PROVISÓRIOS À EX-COMPANHEIRA. FALECIMENTO DO ALIMENTANTE NO CURSO DO PROCESSO. OBRIGAÇÃO PERSONALÍSSIMA. IMPOSSIBILIDADE DE TRANSMISSÃO AOS HERDEIROS DO “DE CUJUS” OU AO SEU ESPÓLIO.

1. A obrigação de prestar alimentos, por ter natureza personalíssima, extingue-se com o óbito do alimentante, cabendo ao espólio recolher, tão somente, eventuais débitos não quitados pelo devedor quando em vida, ressalvada a irrepetibilidade das importâncias percebidas pela alimentada (REsp nº 1.354.693, Rel. p/ o acórdão o Ministro Antônio Carlos Ferreira, Segunda Seção, julgado em 26/11/2014 DJe 20/02/2015).

2. Excepcionalmente e desde que o alimentado seja herdeiro do falecido, é admitida a transmissão da obrigação alimentar ao espólio, enquanto perdurar o inventário e nos limites da herança.

3. Possibilidade de ser pleiteada pela alimentanda ajuda alimentar de outros herdeiros ou demais parentes com base no dever de solidariedade decorrente da relação de parentesco, conforme preceitua o art. 1.694, do Código Civil, ou, ainda, de postular a sua habilitação no inventário e lá requerer a antecipação de

4 Nesse sentido: STJ, Ac. 2ª Seção, REsp 219.199/PB, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 10.12.2003, DJU 3.5.2004, p. 91.

5 Por *overruling* entende-se a mudança de entendimento de determinado tribunal acerca de tema jurídico anteriormente pacificado, por alteração no ordenamento jurídico ou por evolução fática histórica (ROCHA, Leonardo Bolelli da. *A teoria do overruling à luz de Robert Alexy: direitos fundamentais, consenso e superação do precedente*).

recursos eventualmente necessários para a sua subsistência até ultimada a partilha, advindos da sua meação.

4. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (Ac. no REsp 1.835.983/PR, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 02/02/2021, DJe 05/03/2021)

Feita breve análise das decisões apresentadas, frisa-se que este artigo defende que a obrigação só seria cobrada do espólio caso a porção hereditária recebida pelo herdeiro alimentando não seja suficiente para sua manutenção, pois, caso fosse um imóvel só, a título de exemplo, tal bem poderia ser reservado por muitos anos, destinando-se a renda do aluguel do mesmo ao herdeiro menor, até que o mesmo concluísse curso superior.

Uma vez que os alimentos são a combinação do binômio necessidade e possibilidade, com inclusão recente da noção de razoabilidade, criando-se um trinômio, não restaria a necessidade, caso pela herança recebida o herdeiro já tivesse condição de se manter.

Se, de um lado, a obrigação alimentar tem natureza personalíssima, por outro lado, há também os Princípios da Solidariedade Familiar, do Respeito à Dignidade da pessoa Humana e do Melhor Interesse da Criança.

Além do alegado, os herdeiros recebem o que sobra depois de quitadas as dívidas do finado e o sustento de um filho menor ou incapaz deixado é uma obrigação deixada pelo falecido, caso contrário, o herdeiro, ao invés de já ter garantido o pagamento das parcelas que custeariam seu sustento, teria que propor ação contra os demais herdeiros, seus irmãos, que muitas vezes pagariam esses valores coma própria herança recebida.

Considerações finais

É certo que apesar da obrigação alimentar ser personalíssima, o art. 1.700 do CCB permite que seja transmitida ao espólio.

Nos casos em que o alimentante não tenha deixado bens, deveria ser proposta uma nova ação, contra outros réus como irmãos e avós, a fim de cobrar alimentos.

Acontece, porém, que deixando alguns bens, deverá responder o espólio pelo pagamento dos alimentos vencidos e vincendos, se o quinhão do herdeiro alimentando não for o suficiente para o seu sustento.

Baseando-se nos princípios da solidariedade familiar e do melhor interesse da criança e do adolescente, e no parentesco, a obrigação de sustentar o filho até o seu pleno desenvolvimento deve ser considerada uma obrigação

deixada pelo *de cuius*, e o espólio responde pelas obrigações deixadas pelo falecido, recebendo os herdeiros a herança líquida, ou seja, o que sobra depois de apuradas as dívidas.

Desse modo, deveria o espólio responder pelo sustento dos filhos menores do (da) falecido (a), assim como dos filhos incapazes e até reservando-se bens na partilha, impedido sua alienação e partilha, caso necessário, a fim de que sejam destinados à manutenção dos filhos menores até conclusão de curso superior, caso queira cursá-lo e para o sustento dos filhos incapazes, considerando-se tanto os alimentos vencidos como vincendos obrigação deixada pelo *de cuius*, uma vez que é obrigação dos pais o sustento dos filhos com habilitação de tais créditos em face do espólio.

Ressalte-se que essa obrigação deve ser cumprida exclusivamente pelo espólio e somente se ele tiver condições de suportar o pagamento das pensões vencidas e vincendas, reservando-se bens.

Não se defende, neste artigo, a transmissão da obrigação aos herdeiros, uma vez que é bem claro em nossa legislação que o herdeiro não responde por dívidas superiores ao valor da herança, casos em que, se quisesse alimentos, em face de outros parentes, o alimentando deixado, teria que pleitear outra ação contra outros réus como avós e irmãos.

Não se trata de um filho receber uma porção da herança maior em comparação à do outro, mas, sim, de se considerar a herança, apenas o que restar depois que o espólio responder também pelos alimentos vencidos e vincendos, ou seja, de se considerar herança líquida o que sobra depois de abatidas todas as dívidas do finado, inclusive tomando os gastos com a manutenção do filho até a conclusão de curso superior como uma obrigação deixada pelo *de cuius*.

TITLE: The transmission of alimentary pension obligation in case of death in inheritance law

ABSTRACT: The purpose of this paper is to present a conceptual analysis of the transfer of property in inheritance law, seeking to present different aspects of the concept of *causa mortis* transmission and to defend the transmissibility of alimentary pension in the inheritance field, because if alimentary pension obligation is a personal obligation, is also a task left by the dead father/mother the duty to supply all the son necessities, including even the future son expenses.

KEYWORDS: Family law. Inheritance law. Alimentary *causa mortis* transmission. Alimentary pension. Alimentary pension obligation.

Referências

ALMADA, Ney de Mello. *Sucessões: legítima, testamentária, inventários e partilhas*. São Paulo: Malheiros, 2006.

- ARRUDA, Daiana Mendes. O companheiro no direito das sucessões. *Jusbrasil*. Disponível em: <https://daianaarruda.jusbrasil.com.br/artigos/496773852/o-companheiro-no-direito-das-sucessoes>. Acesso em: 04 mar. 2023.
- BERMUDES, Sérgio. *Introdução ao processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. 4. ed. Rio de Janeiro-São Paulo: Freitas Bastos, 1945.
- BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 04 mar. 2023.
- BRASIL. *Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916*. Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 04 mar. 2023.
- CARVALHO, Dimas Messias de; CARVALHO, Dimas Daniel de. *Direito das sucessões*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. *Manual de direito civil: volume único*. Salvador: Juspodivm, 2019.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- FIUZA, Cezar. *Direito civil: curso completo*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- GAGLIANO, Pablo S.; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: direito das sucessões*. Disponível em: Minha Biblioteca, (9th edição). Editora Saraiva, 2022. v. 7.
- GOMES, Orlando. *Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. v. 7.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: sucessões*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942. v. I e III.
- NEGREIROS, Teresa. Teoria do contrato: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 341-342 *apud* BRANCO, Sergio. A natureza jurídica dos direitos autorais. *Civilístico.com*, Rio de Janeiro, ano 2, n. 2, abr./jun. 2013.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil: direito das sucessões*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. VI.
- SILVA, Rodrigo da. A fórmula da saisine no direito sucessório. *Jus*. Disponível em: <https://www.direi-todefamilia.adv.br/2020/wp-content/uploads/2020/07/rodrigo-alves-da-silva-a-formula-da-saisine.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2023.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: sucessões*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

Recebido em: 11.12.2024

Aprovado em: 31.01.2025

Alimentos, Base de Cálculo e suas Incidências Segundo o STJ

MARCELO TRUZZI OTERO

*Advogado. Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP.
Advogado. Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família/São Paulo. Vice-Presidente da Comissão Nacional de Direito de Família do Instituto Brasileiro de Direito de Família. Professor. E-mail: mtotero@uol.com.br.*

LIBERA COPETTI DE MOURA TRUZZI

*Advogada. Professora. Mestre em Direito pela Universidade de Girona/ESP. Mestra em Direito Civil pela PUC-SP.
Advogada. Diretora-Presidente do IBDFAM/MS.
E-mail: liberaadv@gmail.com.*

RESUMO: Os critérios norteadores para a fixação da pensão alimentícia e sobre quais verbas percebidas pelo alimentante incidirá o pensionamento sempre foram motivos de grande ceulema no Judiciário. O presente trabalho procura analisar esses parâmetros utilizados para definir os critérios que devem efetivamente ser considerados no balizamento alimentar e também apresentar os critérios utilizados pelo STJ para a inclusão ou exclusão de determinadas verbas do pensionamento visando, com isso, a trazer segurança para análise das questões. Para tanto, a pesquisa utilizou o método dedutivo, em especial, a análise da doutrina moderna a respeito do tema e, principalmente, julgados recentes do Superior Tribunal de Justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Direito civil. Direito de família. Alimentos. Fixação. Base de incidência.

SUMÁRIO: Considerações iniciais. 1. Critérios norteadores para a fixação da pensão alimentícia. 2. Base de cálculo da pensão; 2.1. Aferição das possibilidades do alimentante; 2.2. Base de incidência dos alimentos. 3. Verbas incidentes e não incidentes segundo o STJ; 3.1. Férias e décimo terceiro salário; 3.2. Horas extras, adicional noturno, de periculosidade e de insalubridade; 3.3. Prêmios e abonos; 3.4. Diárias de viagem, auxílios e ajudas de custo; 3.5. FGTS, verbas rescisórias e PIS/PASEP; 3.6. PLR (Participação nos Lucros e Resultados). Considerações finais. Referências.

Considerações iniciais

Alimentos, em direito, constituem prestações periódicas pagas, em dinheiro ou em espécie, para prover a subsistência de quem não pode

fazê-lo pessoalmente. O instituto tem caráter marcadamente assistencial, concretizando o princípio da solidariedade, insculpido no art. 3º, inciso I, da Constituição Federal.

Podem advir de ato ilícito (*derivados do direito obrigacional*), da vontade das partes (*convencionais ou voluntários*) ou emanar da lei (*legais*). Provirão de um ato ilícito, como ocorre nas hipóteses dos arts. 948, II, e 950 do Código Civil, que obrigam o homicida ou o ofensor a pagar alimentos à vítima ou àqueles a quem esta os devia. Originam-se da vontade das partes quando ajustados em um contrato, *hipótese prática raríssima*, ou em testamento, como no legado de alimentos (CC/2002 – art. 1920). Temos ainda os alimentos oriundos do direito de família, previstos no art. 1.694 do Código Civil.

Interessa-nos, neste estudo, os alimentos decorrentes do direito de família, especificamente, a base de cálculo para cômputo e incidência da pensão alimentícia, ou seja, quais verbas compõem, e aquelas outras que devem ser excluídas da incidência do pensionamento, tema de relevo se considerarmos a ausência de uniformidade nas decisões judiciais envolvendo a questão.

Para tanto, o presente estudo discorrerá sobre os critérios determinantes para a fixação da pensão alimentícia; apresentará a premissa que norteia a base de cálculo para a fixação e incidência dos alimentos para, em seguida, examinar quais verbas integram e quais são excluídas desta base de cálculo do pensionamento a partir de decisões do STJ, onde o tema é igualmente debatido.

1. Critérios norteadores para a fixação da pensão alimentícia

Na sistemática do Código Civil de 1916, inexistia uma regra legal específica para o arbitramento dos alimentos, limitando a legislação revogada, a prever um *standard* jurídico, que servia de balizamento para o julgador definir o valor do pensionamento, representando pelo que a doutrina intitulou binômio necessidade/possibilidade, ou seja, a pensão seria fixada com base nas possibilidades do alimentante e necessidades do alimentado¹.

Diante da ausência de elementos concretos definindo quais os itens comporiam o pensionamento, a doutrina apoiava-se no legado de alimentos, previsto no art. 1.687 daquela codificação revogada, para delimitar o alcance dos alimentos que, nessa esteira, abrangeria o quanto necessário para prover o sustento, a saúde, o vestuário, a moradia e a educação do alimentário, enquanto menor.

1 CC/1916: “Art. 400. Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada”.

O Código Civil de 2002 manteve o mesmo *standard* jurídico da legislação revogada², porém, harmonizando à diretriz constitucional de tutela da dignidade humana e da solidariedade social, acrescentou um novo e importante elemento a ser observado na fixação dos alimentos, consistente na condição social das pessoas envolvidas, aquilo que a vetusta doutrina intitulava o *status do alimentário*.

Fato é que o significado da expressão alimentos, em direito de família, vai muito além do sentido comum, trivial, de provisão, de alimento, dos víveres indispensáveis à subsistência física. Como dizia o saudoso Silvio Rodrigues³, com a clareza que lhe era peculiar, os alimentos abrangem “não só do sustento, como também de vestuário, habitação, assistência médica em caso de doença, enfim, de todo o necessário para atender às necessidades da vida; e, em se tratando de criança, abrange o que for preciso para sua instrução”.

Os alimentos devem abranger todas as despesas ordinárias do alimentado, compreendendo a alimentação, a habitação, a assistência médica, o vestuário, a educação, a cultura, o lazer, atentando para uma série de circunstâncias que devem, evidentemente, ser sopesadas e consideradas para a fixação de uma pensão alimentícia que não seja tímida demais e tampouco represente um fator de enriquecimento.

Como parâmetros para a fixação do pensionamento, ao Magistrado caberá analisar o *modus vivendi* dos envolvidos, o padrão de vida das partes, a nova realidade econômica e social após eventual separação, a aptidão do alimentado para exercer atividade profissional e prover ou ao menos contribuir com o próprio sustento⁴, a conduta daquele que reclama alimentos, dado que se foi ele, alimentado, quem deu causa à própria situação de penúria ou de necessidade, o pensionamento se limitará ao mínimo indispensável para suportar despesas com moradia simples, alimentação básica, ou indispensável à saúde e ao vestuário singelo, *pois este seria o mínimo vital digno de que trata a parte final do art. 1.694 do Código Civil*, e apenas pelo tempo indispensável a que o alimentado possa prover o próprio sustento, afinal, “todo indivíduo adulto e são deve trabalhar para o próprio sustento. Como diz Clóvis, com toda a propriedade, o instituto dos alimentos foi criado para socorrer os necessitados, não para fomentar a ociosidade ou favorecer o parasitismo”⁵.

2 CC: “Art. 1.694. [...] § 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada”.

3 RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*. Atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 374.

4 Exemplo característico é do estudante universitário que, cursando o período matutino ou noturno, pode e deve concorrer para minimizar os custos de sua própria manutenção, ainda que iniciando estágio remunerado ou mesmo exercendo atividade profissional compatível com a frequência à faculdade.

5 MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 293.

A dificuldade no arbitramento de alimentos está justamente em encontrar o ponto de equilíbrio entre as duas variantes legais, equalizando, de um lado, os conceitos de vida digna e condição social do alimentado, e de outro, a vedação ao enriquecimento sem causa e o propósito assistencial dos alimentos, dilema esse já registrado por Demolombe⁶:

Le montant de la pension alimentaire doit être déterminé suivant les circonstances. Ce n'est là qu'une question de fait. La seule règle que la loi ait pu poser, c'est que les juges doivent prendre pour base deux éléments comparés d'appréciation: d'une part, les besoins de celui qui les réclame, e d'autre part, les facultés de celui qui les doit (art. 208).

Cela, bien entendu, relativement et eu égard à la position sociale des personnes, à l'âge, à la santé du demandeur, à sa qualité d'ascendant ou d'enfant, quelque fois même au pays qu'il habite, et.

Silvio Rodrigues⁷, com a habitual clareza, assim enfrentou o problema da parametrização da pensão alimentícia:

Conforme se vê na maioria das legislações (CC francês, art. 208), para se fixarem os alimentos, o juiz atenderá às necessidades de quem reclama e às possibilidades daquele de quem se reclama. Isso não significa que, considerando essas duas grandezas, se deva inexoravelmente tirar uma resultante aritmética, como, por exemplo, fixando sempre os alimentos em $1/3$ ou em $2/5$ dos ganhos do alimentante. Tais ganhos, bem como as necessidades do alimentado, são parâmetros onde se inspirará o juiz para fixar a pensão alimentícia. O legislador daqui, como o de alhures, quis deliberadamente ser vago, fixando apenas um standard jurídico, abrindo ao juiz um extenso campo de ação, capaz de possibilitar-lhe o enquadramento dos mais variados casos individuais.

Na sequência, concluía, com ponderação, o saudoso civilista:

Assim, se uma das variáveis é alcançada sem que se absorva a outra, é nesse montante que deve ser fixada a pensão alimentícia. Explico-me com mais precisão. Se a necessidade do alimentado for superior às possibilidades do alimentante, a pensão deverá ser fixada no limite das possibilidades deste, ainda que aquela necessidade não seja inteiramente satisfeita. Do mesmo modo, se as necessidades do alimentado, com todos os seus requintes, forem satisfeitas sem que se observe as possibilidades do devedor, a pensão deve ser fixada no montante daquelas, sem onerar, mais do que o necessário, o obrigado. Imagine-se, apenas exemplificar, que as necessidades do alimentado incluindo estudo, médico, roupas, lazeres, viagens, recreio etc., montem a 100. É

6 DEMOLOMBE, Jean-Charles-Florent. *Cours de Code de Napoleon*, vol. IV, s/d., nº 52.

7 Rodrigues, 2004. p. 44-45.

nessa cifra que deve ser fixada a pensão, embora o alimentante tivesse a possibilidade de dar 1.000. Porque, quando se fala em obrigação alimentícia, está-se cogitando de uma prestação assistencial e não de partilha de patrimônio.

Entre os contemporâneos, Flávio Tartuce⁸ atenta para a insuficiência, em muitos casos, do binômio necessidade/possibilidade, previsto no art. 1.694, § 1º, do Código Civil, para a fixação da pensão alimentícia, destacando a imperiosidade de se recorrer, em certas situações, aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, critérios de ponderação complementares para a fixação de uma pensão alimentícia justa:

O princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade deve incidir na fixação desses alimentos no sentido de que a sua quantificação não pode gerar o enriquecimento sem causa. Por outro lado, os alimentos devem servir para a manutenção do estado anterior, visando ao patrimônio mínimo da pessoa humana. O aplicador do direito deverá fazer a devida ponderação entre os princípios para chegar ao quantum justo. De um lado, leva-se em conta a vedação do enriquecimento sem causa; do outro, a dignidade humana, sendo esses os pesos fundamentais da balança.

Na sequência, porém, Tartuce enfatiza que, no entender dele, a razoabilidade se sobreporá à própria proporcionalidade como componente da tríade alimentar, pois:

a razoabilidade é mais guiada por elementos subjetivos; enquanto a proporcionalidade por fatores objetivos. Em matéria alimentar, as questões pessoais são muito mais relevantes do que as pertinências objetivas. É o caso concreto que irá guiar não só a atribuição do dever de pagar alimentos, como também o valor a ser pago, *quantum debeatur*.

Em resumo, no sistema do Código Civil não há lugar para um limite mínimo ou máximo previamente estabelecido envolvendo o montante da obrigação alimentar, devendo, inclusive, ser afastada a equivocada ideia de que o pensionamento deve sempre ser arbitrado em 1/3 dos ganhos do alimentante⁹, critério prático esse adotado pelos Tribunais, porém, que não

8 TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito de família*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 629.

9 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 14. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2022. v. 6. p. 820: "Assim, não se pode tolerar a falsa ideia de que os alimentos devem corresponder a um determinado percentual apriorístico dos rendimentos do devedor, somente sendo possível fixar a percentagem em cada caso".

guarda amparo legal¹⁰, podendo, inclusive, ser superior a esse percentual se a hipótese concreta demandar semelhante solução¹¹.

Se as necessidades do credor forem superiores às possibilidades do devedor, os alimentos deverão ser fixados no limite das possibilidades deste último. Nessa hipótese, caso parte das necessidades do alimentado não possa ser atendida diante da escassez de recursos, o credor de alimentos poderá reclamar a complementação de outro parente que estiver obrigado juridicamente a alimentos e que se encontre em situação favorável para prestá-los. Acaso o alimentante desfrute de folgada situação financeira, nem por isso deverá ser compelido a fornecer alimentos que ultrapassem e superem as necessidades do credor, observando que os alimentos têm natureza assistencial, não constituindo fonte de renda. Nesse caso, os alimentos serão fixados nos limites das necessidades do alimentado, e não em conformidade com as possibilidades do alimentante.

Essa equação e avaliação será feita, prudentemente, pelo Magistrado, sopesando as particularidades do caso concreto e os critérios anteriormente já mencionados, como *modus vivendi* dos envolvidos, a idade e a capacidade das partes, a condição social em que estão inseridos, a nova realidade econômica e social após eventual divórcio, a conduta daquele que reclama alimentos, dentre outros fatores determinantes para a fixação do pensionamento.

O valor arbitrado destina-se ao custeio das despesas *ordinárias* do alimentado, não compreendendo despesas *extraordinárias e imprevisíveis*, que “devem ser rateadas entre os pais (ou parentes) proporcionalmente à sua capacidade contributiva, quando se fizer necessário. Isso, porque, em razão de seu caráter inusitado não se faz possível encartá-las na projeção de despesas do credor”¹², a exemplo de tratamentos de saúde emergenciais de elevado custo, medicações igualmente de custo elevado para fazer frente a tratamento médico ou algum imprevisto de saúde que demande elevados custos¹³.

Rosa Maria de Andrade Nery¹⁴ faz, entretanto, importante ponderação sobre despesas que, embora episódicas, compõem os gastos próprios daquele grupo familiar e, por integrarem os hábitos e a cultura daquele determinado

10 RT 282/380: “Não há regra fixa a determinar dever o pai concorrer, sempre com uma terça parte dos seus rendimentos para a manutenção do filho. A pensão é fixada segundo o art. 400 do Código Civil [1916], a vista de fatos objetivos”.

11 AI nº 4014993-78.2016.8.24.0000, TJSC, Rel. Des. Henry Petry Jr., j. 28/03/2017, onde a pensão foi fixada em 40% dos rendimentos do alimentante face à existência de três filhos. No mesmo sentido, também fixando em 40% dos rendimentos do alimentante, AC nº 1005118-04.2019.8.26.0024, TJSP, Rel. Des. Alvaro Passos, j. 26/01/2021.

12 Farias; Rosenvald, 2022. p. 761.

13 Em sentido contrário, Yussef Said Cahali: “Mais certamente, porém, ‘imposta ao réu a obrigação alimentícia, não há como cogitar-se de verba especial para determinado fim, como o de eventual tratamento médico, pois esta despesa, a rigor, já estará incluída na previsão genérica, que só se altera quando demonstrada a necessidade”. *Dos alimentos*. 4. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: RT, 2002. p. 733.

14 NERY, Rosa Maria Andrade. *Alimentos*. São Paulo: RT, 2019. p. 46-47.

grupo familiar, devem ser consideradas no pensionamento ordinário, como é o caso, segundo a ilustre doutrinadora, das despesas relacionadas às festividades, às datas de comemoração familiar, cívica, esportiva e religiosa dos alimentandos, como se verifica, segundo ela, com as festividades escolares (festa junina, dia das crianças, dia dos professores, apresentações teatrais, excursões escolares), comemorações familiares (aniversários do alimentante e de colegas dele), comemorações religiosas (Rosch Hoshaná, Bat-Mitzvá, Crisma, Páscoa, Natal, Santa Ceia, Festas do Sincretismo Afro-Católico).

Como critérios definidores para a exclusão de determinada despesa do pensionamento ordinário teríamos a *excepcionalidade*, a *imprevisibilidade* e o *elevado custo*. Atento a isso, tem-se que os custos de medicamentos para tratamento de um estado febril, de uma simples indisposição ou de uma singela infecção estão, *via de regra*, englobados na pensão alimentícia fixada judicialmente dado que não há imprevisibilidade e tampouco excessividade da despesa. O mesmo raciocínio, contudo, não se aplica aos gastos com medicamentos que não são de uso cotidiano¹⁵ e de elevado custo, com internações hospitalares, com honorários médicos de uma cirurgia não antevista, já que absolutamente excepcionais, imprevisíveis e de custos não usuais, devendo, nesses casos, tais custos serem suportados pelos genitores em condições de fazê-lo, ou mesmo por um só deles quando somente ele tem condições financeiras para fazê-lo, podendo, aquele que as realizou, voltar-se em regresso contra o outro para reaver a quota-parte naquela despesa extraordinária realizada. Trata-se de um corolário lógico do princípio da tutela integral da criança ou do adolescente que, nas situações citadas ilustrativamente, tem direito inafastável a tratamento médico compatível com a condição financeira de seus genitores, afigurando-se ilegítima a recusa de quaisquer deles em fazê-lo a pretexto de que já paga pensão alimentícia.

Ditos critérios – excepcionalidade, imprevisibilidade e custo – devem ser sopesados diante da situação real e concreta, e não partir de um parâmetro mediano objetivo. Se o valor dos alimentos é de tal modo reduzido e a carência financeira dos envolvidos é acentuada a ponto de a prescrição de uma determinada medicação representar um completo desequilíbrio, esse fato, verificado casuisticamente, permite considerar aquele medicamento como algo excepcional e imprevisível ainda que não seja absolutamente exorbitante o seu custo, podendo ser exigido autonomamente, quando não disponibilizado ou não disponível na rede pública de saúde. Não é caso de revisional de alimentos, mas de ação para demandar o concurso ou a cobrança específica da despesa extraordinária inusual, já realizada ou que necessita ser realizada.

15 Se for medicamento de elevado custo, porém, uso contínuo, deverá integrar o pensionamento ordinário; não constituindo despesa extraordinária.

A prática forense revela constantes abusos nos processos de alimentos, tanto daqueles que os reclamam, como daqueles que estão obrigados a prestá-los. Como em toda relação jurídica, alimentante e alimentado, e quem eventualmente o assista ou o represente, devem se pautar pela boa-fé e pelo bom-senso, cabendo ao Magistrado agir diligentemente para evitar descomedimento ou desmando de parte a parte.

Feitas tais considerações, impõe-se a análise quanto os critérios e parâmetros utilizados atualmente pelo STJ, no tocante à base de cálculo da pensão e suas respectivas incidências.

2. Base de cálculo da pensão

Os rendimentos da pessoa obrigada a alimentos é parâmetro necessário para o arbitramento da pensão. Há mesmo quem defenda que, “em se tratando de alimentos devidos em razão do poder familiar o balizador para a sua fixação, mais que a necessidade do filho, é a possibilidade do pai: quanto mais ganha este, mais paga àquele”¹⁶, posição com a qual apartamo-nos para filiarmo-nos à posição mais ponderada¹⁷, defensora, nas hipóteses de serem enormes as possibilidades do alimentante, que o pensionamento tenha teto nas necessidades do alimentado, que serão atendidas com todos os seus requintes do padrão de vida por ele vivenciado, sem, contudo, onerar o obrigado além do necessário:

Quando se fala em pensão alimentícia e não em pensão compensatória, o valor a ser estabelecido não tem em mira permitir que o credor desfrute de uma vida suntuosa e tampouco tem como finalidade equilibrar riquezas, uma vez que os alimentos como pensionamento tem o escopo assistencial, buscando o necessário para os sustento digno e proporcional, dado que a pensão alimentícia aumenta na medida em que o alimentante detém maiores possibilidades econômico-financeiras, mas sempre tendo como extremo e medida limite de saturação a necessidade do destinatário dos alimentos¹⁸.

2.1. Aferição das possibilidades do alimentante

Certo é que apurar os rendimentos do alimentante é imperativo, senão para assegurar que ele ostenta condições de prestar alimentos nos moldes

16 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2022. p. 862.

17 RODRIGUES, Silvio. *Direito civil aplicado*. São Paulo: Saraiva, 1981. v. I. p. 44-45.

18 MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 983-984.

reclamados, mas para encontrar o teto do pensionamento quando os ganhos do devedor foram insuficientes para suportar a pensão reclamada.

Quando o alimentante for sujeito à legislação trabalhista ou servidor público, a tarefa do juiz torna-se mais singela porque, em tais hipóteses, poderão ser colhidas informações perante o empregador ou a fonte pagadora e também perante o Fisco acerca dos rendimentos pagos ao alimentante.

Tarefa delicada, entretanto, será a de aferir os reais e efetivos rendimentos do profissional liberal, do autônomo ou daquele que exerce atividade empresária. Em casos tais, admite-se, *de modo excepcional*, a requisição judicial de informações às repartições pública e privadas¹⁹, não configurando ilegalidade²⁰, em casos tais, a determinação judicial da quebra de sigilo bancário e fiscal²¹ e a requisição, pelo Juízo, de informações junto a corretoras de valores, *fnitechs* e corretoras de criptomoedas, com vistas à localização de ações, criptoativos ou outros ativos do alimentante.

Pontue-se que o alimentante tem *sim* assegurado o sigilo fiscal e bancário que, excepcionalmente, é relativizado nas ações de alimentos apenas e tão somente quando tais informações forem imprescindíveis ao deslinde da ação, entenda-se: arbitramento de uma pensão justa. Inexistindo dúvidas acerca dos rendimentos auferidos pelo alimentante ou sendo desnecessária a investigação de suas possibilidades financeiras para a fixação da pensão alimentícia, *seja porque o próprio alimentante admite ter condições de pagar os alimentos reclamados, seja porque aqueles rendimentos atestados nos autos mostram-se suficientes para a equalização do pensionamento*, não haverá fundamento jurídico razoável para a quebra do sigilo bancário e fiscal, constituindo grave e ilegítima violação à garantia individual assegurada constitucionalmente²².

Feitas essas ressalvas e registros, e observada a excepcionalidade da medida, tem-se que “em ação de alimentos podem ser requisitadas as informações

19 Lei nº 5.478/68: “Art. 20. As repartições públicas, civis ou militares, inclusive do Imposto de Renda, darão todas as informações necessárias à instrução dos processos previstos nesta lei e à execução do que for decidido em juízo”.

20 “Não há qualquer ilegalidade no ato da indigitada autoridade coatora que, em decorrência de determinação judicial proferida em sede de divórcio consensual, ante a homologação de acordo naqueles autos, determina a expedição de ofício ao órgão empregador do alimentante” (STJ, RMS nº 48.433/DF, Rel. Min. Marco Buzzi, publ. 15/06/2015).

21 “Recurso ordinário em mandado de segurança. Decisão judicial. Quebra do sigilo bancário em ação de alimentos. Ausência de teratologia na decisão. Falta de colaboração processual do réu. Ausência de surpresa. Decisão fundada na informação inverídica dos ganhos não condizente com o valor do patrimônio declarado à Receita. Falta de colaboração da parte devedora na busca de uma decisão célere e justa na fixação dos alimentos para a sua prole. Fundamento suficiente para medida excepcional. Recurso Ordinário desprovido. Tutela provisória prejudicada” (TutProv no RMS nº 61.939/SP, 2019/0292088-2, STJ, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, publ. 11/02/2020).

22 “Agravos de instrumento. Ação de alimentos. Insurgência contra decisão que determinou a pesquisa via Sisbajud (extratos bancários), Renajud e Infojud solicitando a DIRF do alimentante. No caso, indevida quebra de sigilo do alimentante, uma vez que apresentou documentos suficientes para provar a sua possibilidade. Recurso a que se dá provimento” (AI nº 2262570-72.2021.8.26.0000, TJSP, Rel. José Rubens Queiroz Gomes, publ. 08/03/2022). No mesmo sentido: AI nº 1413395-35.2021.8.12.0000, TJMS, Rel. Des. Divoncir Schreiner Maran, j. 28/09/2021.

a respeito dos salários do alimentante junto à respectiva empregadora, como também ‘podem ser pesquisados os ganhos diretos ou indiretos do alimentante em sociedade comercial de que faça parte, desde que a necessidade da comprovação o exija’²³.

Se, ao final, vencidas todas as etapas, a prova produzida se mostrar em manifesto descompasso com o padrão de vida ostentado pelo alimentante, ainda assim caberá ao magistrado recorrer à teoria da aparência²⁴ para, em Juízo de ponderação, equalizar o pensionamento²⁵:

DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE OFERTA DE ALIMENTOS. SINAIS EXTERIORES DE RIQUEZA. REDUÇÃO DO VALOR FIXADO. INVIABILIDADE. 1. Para a fixação dos alimentos devem ser sopesadas as necessidades do alimentando e as possibilidades do alimentante, nos termos do art. 1.694, § 1º, do Código Civil. 2. O apelante não demonstrou a alegada impossibilidade de arcar com o pagamento dos alimentos no valor fixado. O apelante apresenta nas páginas sociais uma vida não condizente com a alegação de hipossuficiência financeira, ostenta em postagens de festas nas redes sociais padrão de vida elevado, o que implica afirmar os sinais exteriores de riqueza que permitem identificar gozar o apelante de patamar financeiro superior ao alegado. 3. Diante das necessidades da menor e do valor fixado a título de alimentos a serem pagos pelo genitor, está evidente que a genitora arca com a maior parte das despesas da filha. Não se pode perder de vista que a capacidade contributiva de um genitor não pode ser alegada para justificar o pedido de redução do valor da contribuição do outro. Imperioso a demonstração de uma eventual situação de desequilíbrio. 4. As provas a respeito da capacidade financeira do apelante que demonstram ser incompatíveis com a renda declarada, bem como os sinais exteriores de riqueza ostentados, sendo ele conhecedor de suas reais possibilidades, não pode, em flagrante postura contraditória e incoerente com as provas colhidas, pleitear a redução da pensão alimentícia sob a alegação de impossibilidade financeira. 5. Apelação desprovida²⁶.

2.2. Base de incidência dos alimentos

O cenário ideal é que os alimentos sejam prestados espontaneamente, pois, antes de um dever jurídico, é ético que pessoas vinculadas pelo parentes-

23 Cahali, 2002, p. 809-810.

24 JCJF, Enunciado nº 573: “Na apuração das possibilidades financeiras do alimentante, observar-se-á os sinais exteriores de riqueza”.

25 “Diante da controvérsia a respeito dos reais rendimentos do genitor, impõe-se a aplicação da Teoria da Aparência, que autoriza ao julgador utilizar como parâmetro para a estipulação (revisão) do encargo alimentar quaisquer sinais exteriores que denotem a capacidade financeira do alimentante” (AI nº 10000211809322001, TJMG, Rel. Áurea Brasil, j. 27/01/2022).

26 AC nº 0003631-64.2016.8.07.0019, TJDF, Rel. Hector Valverde, j. 10/04/2019, publ. 16/04/2019.

co, casamento ou união estável se socorram mutuamente em caso de necessidade. Mesmo se houver necessidade de formalização de um pensionamento, como ocorre no divórcio e na dissolução da união estável, o ideal também é que os próprios interessados ajustem, de comum acordo, a pensão alimentícia que será prestada reciprocamente ou à prole.

Não raro, porém, os envolvidos não chegam a um denominador comum, ora divergindo sobre a própria necessidade dos alimentos por parte daquele que se julga no direito de obtê-los, ora dissentindo sobre o tempo de pensionamento, ora discordando sobre o valor do *quantum* alimentar, ora destoando sobre quais verbas serão consideradas na incidência do pensionamento.

Especificamente sobre este último ponto – *verbas sobre as quais incidem os alimentos ou que servem de base de cálculo para a fixação de um pensionamento* – doutrina e jurisprudência têm defendido que os alimentos incidem sobre todos os ganhos e rendas habituais do alimentante, com caráter de permanência, a exemplo dos vencimentos²⁷, salários²⁸, proventos²⁹, meio-soldo³⁰, pró-labore³¹ ou qualquer outra renda semelhante.

O pensionamento, entretanto, não incidirá sobre a totalidade dos rendimentos pagos ao alimentante, mas somente sobre os rendimentos líquidos por ele auferidos, já que obrigatoriamente deverão ser deduzidos da base de cálculo/incidência da pensão os descontos legais obrigatórios, consistentes no imposto de renda e na previdência pública. Se não há incidência de alimentos sobre o valor do imposto de renda devido pelo alimentante³², Rolf Madaleno³³ lembra que a pensão incidirá, sim, “sobre a restituição do imposto de renda, por se tratar de salário retido a maior e sobre cujo montante não refletiu o desconto de alimentos na prestação regular e mensal”, hipótese essa que somente terá aplicação naquelas situações em que a pensão alimentícia é descontada diretamente na folha de pagamento do alimentante.

27 Vencimento é a retribuição pecuniária paga àquele que exerce cargo público.

28 Salário é a remuneração paga pelo empregador ao empregado como contraprestação decorrente da relação de emprego.

29 Proventos representam o valor recebido a título de aposentadoria.

30 Meio-soldo equivale à metade do soldo (vencimento) pago ao militar reformado.

31 Pró-labore é a remuneração dos sócios das sociedades empresárias.

32 “Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão virtual do Plenário de 27/5 a 3/6/22, na conformidade da ata do julgamento e nos termos do voto do relator, Ministro Dias Toffoli, por maioria de votos, vencidos parcialmente os Ministros Gilmar Mendes, Edson Fachin e Nunes Marques, que conheciam em parte da ação e, no mérito, julgavam-na parcialmente procedente, nos termos de seus votos, em conhecer, em parte, da ação direta e, quanto à parte da qual conhecem, julgar procedente o pedido formulado, de modo a dar ao art. 3º, § 1º, da Lei nº 7.713/88, aos arts. 4º e 46 do Anexo do Decreto nº 9.580/18 e aos arts. 3º, *caput* e § 1º; e 4º do Decreto-Lei nº 1.301/73 interpretação conforme à Constituição Federal para se afastar a incidência do imposto de renda sobre valores decorrentes do direito de família percebidos pelos alimentados a título de alimentos ou de pensões alimentícias” (ADI nº 5.422, STF, j. 06.06.2022).

33 Madaleno, 2018, p. 988.

Se uniformidade existe quanto à incidência dos alimentos sobre os vencimentos, salários, proventos, pró-labores e demais rendas com natureza e a respeito da exclusão do imposto de renda e da previdência pública da base de cálculo da pensão, temos uma absoluta e completa desinteligência quanto à incidência ou não da pensão alimentícia sobre outras verbas pagas ao alimentante sob as mais variadas rubricas, como é o caso de férias, décimo terceiro salário, abono/prêmio de produtividade, diárias de viagem, auxílio-creche, horas extras, aviso-prévio, FGTS e verbas rescisórias, auxílio-moradia, adicionais noturnos, PIS/PASEP.

Doutrina e jurisprudência têm sido desafiadas a encontrar o critério definidor para a inclusão ou para a exclusão de cada umas dessas verbas da base de cálculo do pensionamento e, cotejando os julgados que se debruçaram sobre o assunto, concluímos que a natureza da verba passa a ser preponderante para a definição da incidência ou não dos alimentos: aquelas que tiverem natureza salarial, de vencimento, de provento estarão incluídas na base de cálculo/incidência. Por sua vez, aquelas que tenham natureza indenizatória estarão excluídas dela. Embora seja um importante norte, não está isento a questionamentos e divergências, como a seguir será demonstrado.

3. Verbas incidentes e não incidentes segundo o STJ

3.1. Férias e décimo terceiro salário

Em passado recente, pendia alguma divergência sobre a inclusão das férias e do décimo terceiro salário na base de cálculo da pensão alimentícia. Segundo a corrente mais restritiva, tais rubricas tinham natureza indenizatória ou não contavam com a habitualidade exigida para que integrasse a remuneração regular do alimentante. Defendiam que o terço proporcional de férias visava ao descanso do empregado, sendo remuneração episódica, de natureza personalíssima e indenizatória.

Não era o posicionamento majoritário, inclusive para um dos célebres monografistas da matéria, Yussef Said Cahali³⁴, que defendia que os alimentos teriam incidência sobre a parcela do décimo terceiro salário e sobre férias usufruídas, salvo expressa disposição escrita em sentido contrário:

Quanto à base sobre a qual deverá incidir o percentual é firme a jurisprudência em considerar que o termo vencimentos, *salário* ou *proventos*, não acompanhado de qualquer restrição, somente pode corresponder à totalidade dos rendimentos auferidos pelo devedor no desempenho de sua função ou de suas atividades

34 Cahali, 2002, p. 73.

empregatícias; compreende, portanto, também, o 13º mês de salário, ou *gratificação natalina*; essa parcela periódica incorpora-se à remuneração do servidor ou operário para todos os efeitos (funcionais, trabalhistas, tributário): o 13º mês de salário, instituído pela Lei nº 4.090, de 13/07/1962, por obrigatório, sem o caráter de transitório, mas definitivo, passou evidentemente a integrar os próprios salários, ainda que denominado pela Lei de “gratificação natalina”.

Essa também é a doutrina de Belmiro Pedro Welter³⁵:

A pensão alimentícia incide sobre o décimo terceiro salário, automaticamente, desde que não expressamente excluída, ainda que não fixado ou convencionado, isso porque é uma parcela anual e definitiva que integra o próprio salário, incorporando-se, pois, ao salário.

A questão está pacificada no STJ que, nos autos do Recurso Especial nº 1.106.654/RJ, com os fins do art. 543-C do Código de Processo Civil, que trata dos recursos especiais repetitivos, sufragou o entendimento reiteradamente adotado por aquele Sodalício, de que os alimentos incidem sobre décimo terceiro salário e férias:

DIREITO DE FAMÍLIA. ALIMENTOS. DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO. TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. INCIDÊNCIA. JULGAMENTO SOB A TÉCNICA DO ART. 543-C DO CPC.

1. Consolidação da jurisprudência desta Corte no sentido da incidência da pensão alimentícia sobre o décimo terceiro salário e o terço constitucional de férias, também conhecidos, respectivamente, por gratificação natalina e gratificação de férias.
2. Julgamento do especial como representativo da controvérsia, na forma do art. 543-C do CPC e da Resolução 08/2008 do STJ – Procedimento de Julgamento de Recursos Repetitivos.
3. Recurso especial provido³⁶.

Esse julgado deu ensejo à formalização do Tema nº 192 do STJ, de seguinte teor: “Tese firmada: A pensão alimentícia incide sobre o décimo terceiro salário e o terço constitucional de férias, também conhecidos, respectivamente, por gratificação natalina e gratificação de férias”.

Notem que, ao firmar a tese, o STJ cuidou de consignar expressamente na ementa as expressões “gratificação natalina” e “gratificação de férias”, definindo-as como sinônimas de décimo terceiro salário e férias, o fazendo

35 WELTER, Belmiro Pedro. *Alimentos no Código Civil*: de acordo com a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Porto Alegre: Síntese, 2003. p. 265.

36 REsp nº 1.106.654/RJ, STJ, 2ª Seção, Rel. Min. Paulo Frutado (Des. Convocado do TJBA), j. 25/11/2009.

com o inequívoco propósito de evitar possíveis discussões acerca do alcance da expressão “*gratificação*”, *muitas vezes lançadas nas folhas de pagamentos sob essa rubrica*, e que poderiam ser interpretados como algo não habitual, sem caráter de permanência, não integrante do salário, um prêmio ao alimentante pelo trabalho por ele desempenhado, sem natureza salarial, e, portanto, infenso à incidência dos alimentos.

Não fosse suficiente, esse ponto também consta do verbete 10, da edição nº 65, da Jurisprudência em Teses do STJ, de seguinte teor: “10) A base de cálculo da pensão alimentícia fixada sobre o percentual do vencimento do alimentante abrange o décimo terceiro salário e o terço constitucional de férias, salvo disposição expressa em sentido contrário”.

Importante ser ressaltado que os alimentos incidirão unicamente ao que for pago sob a rubrica de *férias usufruídas, gozadas, desfrutadas* pelo alimentante, não incidindo sobre eventuais valores que tenham sido pagos a título de *férias indenizadas*, entenda-se, aquelas que o trabalhador, o empregado, o obreiro, o servidor tenha recebido por ter convertido parte do período de férias em abono pecuniário, como admite o art. 143 da CLT³⁷, pois essa verba tem natureza indenizatória, como doutrina Yussef Said Cahali:

[férias trabalhadas] não se enquadra[m] no adicional por tempo de serviço, nem pode[m] ser considerada[s] como vencimento ou remuneração, a importância recebida não se colaciona na base de cálculo dos vencimentos, não se enquadra em hipótese de salário; *porém, em autêntica verba indenizatória, porque representa um sacrifício de um direito personalíssimo e que de nenhuma forma poderia ensejar a incidência do percentual fixado a título de alimentos*³⁸.

Foi como decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais³⁹, deliberando que “as férias vencidas e não gozadas, pagas ao trabalhador dispensado, têm caráter eminentemente indenizatório, motivo pelo qual sobre elas não incide pensão alimentícia”.

O STJ⁴⁰ também decidiu pela *não* incidência dos alimentos sobre férias e sobre a parcela do décimo terceiro salário quando a pensão for estabeleci-

37 CLT: “Art. 143. É facultado ao empregado converter 1/3 (um terço) do período de férias a que tiver direito em abono pecuniário, no valor da remuneração que lhe seria devida nos dias correspondentes”.

38 Cahali, 2002, p. 747-748 (grifo nosso).

39 AI nº 100240613428380011, TJMG, Rel. Antonio Sérvulo, j. 23/06/2009. No mesmo sentido, AC nº 0299533-36.2009.8.26.0000, j. 03/08/2010; AC nº 100236389.2019.8.26.0320, TJSP, Rel. Des. Rômulo Russo, j. 24/05/2021; AI nº 070722767.2019.8.07.0000, TJDF, Rel. Hector Valverde, j. 31/07/2019; AC nº 608640.2021.8.26.0005, TJSP, Rel. Des. Fernanda Gomes Camacho, j. 16/03/2022.

40 REsp nº 1.091.095/RJ, STJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 16/04/2013. No mesmo sentido, REsp nº 1.332.808/SC; STJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 18/12/2014 e REsp nº 1.470.987/MG, STJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 28/04/2015. Ainda no mesmo sentido, AC nº 70080748346, TJRS, Des. Rel. Vasconcellos Chaves, j. 29/05/2019, com a seguinte ementa: “Alimentos. Critérios de fixação da pensão alimentícia. Percentual sobre o salário-mínimo.

da em valor fixo ou em salários mínimos, *mesmo que o alimentante receba tais remunerações*, pois, nesse caso, segundo a Corte, “a dívida se consolida com a fixação do valor e periodicidade em que deve ser paga, não se levando em consideração nenhuma outra base de cálculo”, o que tem sido objeto de severa crítica doutrinária, uma vez que

simples circunstância de haver sido avençado valor mensal fixo, a ser descontado em folha de pagamento, a título de pensão, não pode levar ao entendimento de que se desprezou o valor do ganho denominado 13º salário; mantida a autonomia do 13º mês, como salário mensal também, um a mais no ano, a ele não podem ser subtraídos os alimentos no valor da respectiva pensão⁴¹.

Sendo, portanto, “absolutamente injustificado reconhecer que os alimentos só incidem sobre tais verbas se foram fixadas em *percentual* do salário, rendimento ou provento do alimentante”⁴².

Aliás, esse entendimento do STJ contraria decisão anterior da própria Corte que já tinha apreciado idêntica questão, decidindo, porém, de forma diametralmente oposta, entendendo que “o décimo terceiro salário deve integrar a base de cálculo da pensão alimentícia, mesmo quando os alimentos foram estabelecidos em valor mensal fixo”⁴³.

3.2. Horas extras, adicional noturno, de periculosidade e de insalubridade

O saudoso Yussef Said Cahali defendia a exclusão das horas extras da base sobre a qual deverá incidir o percentual alimentício por entender que a verba não conta com a habitualidade e o caráter de permanência necessários a compreendê-la incorporada ao salário ou rendimento do alimentante. Apoiando-se em Ney de Mello Almada, dizia o emérito doutrinador que as horas extras geravam um ganho adicional de natureza não permanente, apresentando-se, seu pagamento, de modo eventual e aleatório. Já Antonio Cezar Peluso, também citado por Yussef Said Cahali, criticando os critérios da eventualidade e da falta do caráter de permanência das horas extras exaltados pelo próprio Yussef Cahali, e por Ney de Mello Almada, afirmava que a exclusão de tal verba da base de incidência do pensionamento devia-se ao

Descabimento da incidência sobre 13º salário. 1. Como os alimentos não foram fixados com incidência de percentual sobre os ganhos do alimentante, mas em percentual sobre o valor do salário-mínimo, como postulado na inicial, mostra-se descabida a pretendida incidência sobre 13º salário do alimentante”.

41 Cahali, 2002, p. 737.

42 Dias, 2022, p. 864. (grifo nosso)

43 REsp nº 622.800/RS, STJ, Relª Minª Nancy Andrigui, j. 01/07/2005.

caráter compensatório da referida verba, paga para indenizar, reequilibrar, recompensar o esforço e o desgaste excepcional do trabalhador⁴⁴.

Esse entendimento também era compartilhado por Arnaldo Rizzardo⁴⁵, para quem essa “contraprestação [horas extras] constituía ganho de natureza eventual e aleatória e a base de cálculo dos alimentos constitui os ganhos normais do alimentante, isto é, aquilo que ele percebe de forma permanente, a períodos certos”.

Entendimento contemporâneo, ao revés, tem defendido que as horas extras pagas *habitualmente* ao alimentante, embora não tenham natureza salarial, revestem-se de caráter remuneratório e, por essa razão, deve integrar a base de cálculo do pensionamento, fazendo incidir os alimentos pagos sob tal rubrica, como advogam Maria Berenice Dias⁴⁶, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald⁴⁷ e Rolf Madaleno⁴⁸.

Embora o STJ, em decisão não vinculante, já tenha decidido que a eventualidade no recebimento das horas extras não represente um critério determinante para a exclusão das horas extras da base de cálculo e de incidência da pensão⁴⁹, encontramos divergência sobre o assunto, como se vê nos acórdãos relativamente recentes do Tribunal de Justiça de São Paulo⁵⁰.

A partir da decisão proferida pela Primeira Seção do STJ, no Recurso Especial nº 1.358.281/SP, da relatoria do Ministro Herman Benjamin, processado sob o rito do art. 543-C do CPC de 1973, que ensejou o Tema de Repetição 687 do STJ⁵¹, reconhecendo que o adicional de horas extras constitui verbas de natureza remuneratória, e não indenizatório, e que, por isso, sobre elas

44 Cahali, 2002, p. 737-738.

45 RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Aide, 1994. 3. v. p. 698.

46 Dias, 2022, p. 865.

47 Farias; Rosenvald, 2022, p. 840-841.

48 Madaleno, 2018, p. 987-988.

49 REsp nº 1.098.585/SP, STJ, Min. Rel. Luis Felipe Salomão, j. 25/06/2013: “Direito de família. Alimentos. Base de cálculo. Percentual fixado sobre os rendimentos líquidos do devedor. Horas extras. Incidência. 1. O valor recebido pelo alimentante a título de horas extras, mesmo que não habituais, embora não ostente caráter salarial para efeitos de apuração de outros benefícios trabalhistas, é verba de natureza remuneratória e integra a base de cálculo para a incidência dos alimentos fixados sobre os rendimentos do devedor”. No mesmo sentido, as seguintes decisões monocráticas da mesma Corte: REsp nº 1.574.506/SP, STJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 10/05/2016; REsp nº 1.685.684/SP, STJ, Rel.³ Min² Nancy Andrichi, j. 18/08/2017; e REsp nº 1.683.981/SP, STJ, Min. Rel. Marco Aurélio Bellizze, j. 27/06/2018.

50 AI nº 2192307-15.2021.8.26.0000, TJSP, Rel. Des. Silvério da Silva, j. 24/02/2022: “Agravo de instrumento. Alimentos. Não há incidência da pensão sobre as horas extras, *se eventuais*, PLR, e verba rescisória quanto à verba indenizatória constante desta. Ou seja, excluídas da base de cálculo as horas extras, os valores indenizatórios integrantes das verbas rescisórias, FGTS e demais gratificações de natureza não permanente. Agravo parcialmente provido”. No mesmo sentido, AC nº 10011436-91.2019.8.26.0654, TJSP, Rel.³ Des.³ Maria do Carmo Honório, j. 06/08/2022.

51 Tema nº 687 do STJ: “As horas extras e seu respectivo adicional constituem verbas de natureza remuneratória, razão pela qual se sujeitam à incidência de contribuição previdenciária”.

incidirá contribuição previdenciária independentemente da habitualidade dos pagamentos, o assunto parece caminhar para a uniformização.

Nesse sentido, dispõe a Súmula nº 115/TST que “o valor das horas extras habituais integra a remuneração do trabalhador para o cálculo das gratificações semestrais”, ao passo que a Súmula nº 396/TST expressamente prevê que “o valor das horas extras habitualmente prestadas integra o cálculo dos haveres trabalhistas, independentemente da limitação prevista no ‘caput’ do art. 59 da CLT”.

Isso, porque, definido que as horas extras têm natureza remuneratória, a habitualidade ou não do pagamento de horas extras passou a ter implicação exclusivamente para fins de reflexos salariais. Inexistindo habitualidade em seu pagamento, as horas extras inusuais trarão reflexos apenas sobre o FGTS, o descanso semanal remunerado (DSR) e sobre a contribuição social, ao passo que, se forem pagas com habitualidade, as horas extras também refletirão sobre o 13º salário, sobre as férias e sobre o aviso prévio, além de assegurar direito à indenização de que trata a Súmula nº 291 do TST, acaso suprimidas de inopino.

Mas não deixam, em hipótese alguma, de ter natureza de remuneração, sejam elas pagas habitualmente ou não, fazendo sobre elas incidir o desconto da pensão alimentícia, como decidido recentemente pelo próprio STJ:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE ALIMENTOS CUMULADA COM GUARDA E VISITA. CONTROVÉRSIA EM TORNO DE AS HORAS EXTRAS INTEGRAREM A BASE DE CÁLCULO DOS ALIMENTOS. CARÁTER REMUNERATÓRIO. ACRÉSCIMO PATRIMONIAL.

1. Controvérsia em torno de as horas extras integrarem, ou não, a base de cálculo da pensão alimentícia. [...]

5. Especificamente, quanto às horas extras, há precedente específico da Quarta Turma do STJ no sentido de que os valores pagos a título de horas extras devem ser incluídos na base de cálculo da verba alimentar, sob o fundamento de seu caráter remuneratório e o acréscimo patrimonial delas advindo consubstancia aumento superveniente nas possibilidades do alimentante (REsp nº 1.098.585/SP, Relator o Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 29.8.2013).

6. A Primeira Seção do STJ, por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 1.358.281/SP, processado sob o rito do art. 543-C do CPC/73, relatoria do Min. Herman Benjamin, reafirmou o entendimento no sentido de que o adicional de horas extras possui caráter remuneratório para efeito de incidência de contribuição previdenciária.

7. Identificada a necessidade dos credores demandantes e o pedido deduzido na petição inicial, deve ser reconhecido que o

valor recebido pelo devedor demandado a título de horas extras integra a base de cálculo dos alimentos fixados em percentual sobre os rendimentos líquidos do alimentante.

8. Recurso especial conhecido e provido⁵².

A mesma decisão proferida pela Primeira Seção daquela Corte da Cidadania, no Recurso Especial nº 1.358.281/SP, processado sob o rito do art. 543-C do CPC de 1973, da relatoria do Ministro Herman Benjamin, e que ensejou o Tema nº 687, também firmou a tese de que os adicionais noturno, de periculosidade e de insalubridade igualmente têm natureza remuneratória, com reflexos salariais e incidência de contribuição previdenciária, parecendo fora de dúvida que sobre referidos adicionais igualmente incidirão os alimentos, como, aliás, defende doutrina majoritária⁵³ e remansosa jurisprudência⁵⁴.

3.3. Prêmios e abonos

Interessante questão envolve o pagamento de prêmios e abonos ao alimentante. Isso, porque, até o advento da Lei nº 13.467/2017, incluíam-se, sem maiores questionamentos, “na base de cálculo da pensão, as gratificações concedidas, ainda que sob a forma de abono em complementação dos salários, caracterizadas pela sua permanência e incorporadas definitivamente à remuneração salarial”⁵⁵.

A questão parece ter sido redimensionada com o advento da referida Lei nº 13.467/2017, que deu nova redação ao art. 457 da CLT, dispondo que as importâncias, ainda que habituais, pagas a título de *prêmios e abonos* não mais integram a remuneração do empregado, não se incorporando ao contrato de trabalho e não constituindo base de incidência para encargos trabalhistas e previdenciários. Com a nova disciplina legal, abonos e prêmios passaram, então, a ter natureza indenizatória, não lhes incidindo encargos de natureza previdenciária.

Ora, se a incidência de contribuição previdenciária se dá apenas sobre rendimentos, e não verbas indenizatórias (Tema de Repetição nº 687 do STJ), e essa conclusão foi decisiva para o STJ⁵⁶ decidir pela incidência da pensão alimentícia sobre as horas extras e sobre os adicionais pagos ao alimentante, posto terem natureza remuneratória e sobre elas incidir a contribuição previdenciária, parece lógico e sistemático que a exclusão da contribuição

52 REsp nº 1.741.716/SP, STJ, 3ª T., Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 25/05/2021.

53 Dias, 2022, p. 865; Madaleno, 2018, p. 988; Cahali, 2002, p. 736; Rizzardo, 1994, p. 698.

54 AC nº 70077395713, TJRS, Rel. Des. Sérgio Fernando Vasconcellos Chaves, j. 31/08/2018; AC nº 100322961.2018.8.26.0505, TJSP, Relª Desª Fernanda Gomes Camacho, j. 05/02/2020; EMBDECCV nº 100024694.2020.8.26.0125, TJSP, Rel. Des. Viviani Nicolau, j. 31/08/2022.

55 Cahali, 2002, p. 736.

56 REsp nº 1.741.716/SP, STJ, 3ª T., Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino.

previdenciária sobre os abonos pelo art. 457, § 2º, da CLT, emprestou-lhes caráter indenizatório, e, como tal, prêmios e abonos pagos ao alimentante não mais integram, *como regra*, a base de cálculo da pensão, não lhes incidindo os alimentos.

Há, todavia, que se analisar o espírito da lei para não enveredar em campo de fraudes e simulações, tanto na seara do contrato de trabalho como dos alimentos. Somente não incorporarão o contrato de trabalho e não constituirão base de incidência de encargos trabalhistas e previdenciários, e, por conseguinte, também de incidência dos alimentos, os abonos e prêmios que ingressem ao empregado/alimentante sem habitualidade em sem caráter de permanência e que efetivamente caracterizem-se como prêmios⁵⁷ ou abonos⁵⁸. Tanto no prêmio como no abono há ínsita uma ideia de recompensa, por um determinado resultado ou comportamento, justificando o pagamento da contraprestação. Ausentes tais características, não se terá abono ou prêmio, mas remuneração.

A indigitada reforma trazida pela Lei nº 13.467/17 não se presta, evidentemente, à burla ao contrato de trabalho, à previdência social ou mesmo à incidência de pensionamento, como adverte Mauricio Godinho Delgado⁵⁹:

evidentemente que, tratando-se de falso prêmio, o efeito integrativo no salário ocorrerá de modo permanente, suplantando-se a fraude trabalhista (art. 9º da CLT). A distorção da figura do prêmio ocorrerá, por exemplo, no instante em que o empregador instituí-lo vinculando a uma condição necessariamente realizável, utilizando a figura como mero instrumento de pressão constante sobre os obreiros. Isso porque se a incidência da condição não for incerta, mas praticamente certa, fica demonstrado que a estrutura e dinâmica da figura estão distorcidas, comprometendo os objetivos jus trabalhistas a que ela licitamente serve.

Se a situação fática revelar que sob a rubrica de “abono” ou “prêmio” o empregador, com ou sem anuência do empregado, está burlando o contrato de trabalho para reduzir os encargos trabalhistas e previdenciários, há que se reconhecer a fraude, com as consequências legais daí defluentes, como, inclusive, vem decidindo a Justiça do Trabalho:

PRÊMIO. DEFINIÇÃO. LIBERALIDADE CONCEDIDA EM RAZÃO DE DESEMPENHO SUPERIOR AO ORDINARIAMENTE ESPERADO. NÃO VERIFICAÇÃO DE

57 Liberalidades concedidas pelo empregador em forma de bens, serviços ou valor em dinheiro a empregado ou a grupo de empregados, em razão de desempenho superior ao ordinariamente esperado no exercício de suas atividades.

58 Benefício pago por conta de acontecimento ou circunstância importante para a empresa.

59 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso do direito do trabalho*. 19. ed. São Paulo: LTr, 2020. p. 772.

TAIS CIRCUNSTÂNCIAS. É certo que, de acordo com a nova redação do § 2º do art. 457 da CLT, as importâncias, ainda que habituais, pagas a título de prêmios não integram a remuneração do empregado, não se incorporam ao contrato de trabalho e não constituem base de incidência de encargo trabalhista e previdenciário. Todavia, o simples fato de o empregador intitular uma parcela como “prêmio” não muda a sua natureza jurídica salarial, devendo ser observada a definição do art. 458, § 4º, da CLT: “consideram-se prêmios as liberalidades concedidas pelo empregador em forma de bens, serviços ou valor em dinheiro a empregado ou a grupo de empregados, em razão de desempenho superior ao ordinariamente esperado no exercício de suas atividades”. No caso dos autos, a empregadora não concedeu qualquer liberalidade em razão de desempenho superior ao ordinariamente esperado no exercício das atividades do empregado, mas apenas remunerou de forma diferenciada o trabalho de quem realizou a capina química, atividade mais exaustiva, sendo nítido o caráter retributivo. Ou seja, o simples fato de ter sido dado o nome de “prêmio” não muda a natureza jurídica salarial da parcela, pois, entendimento contrário autorizaria o empregador a intitular como “prêmio” qualquer parcela salarial, apenas para lhe retirar tal característica, em nítida fraude aos direitos do trabalhador (art. 9º da CLT)⁶⁰.

Em conclusão, enquanto vigente a redação do § 2º da Lei nº 13.467/17, os prêmios e abonos não deverão mais integrar a base de cálculo dos alimentos, inclusive os prêmios por produtividade, salvo nas hipóteses em que suas rubricas forem utilizadas para dar roupagem à fraude trabalhista ou mesmo alimentar.

3.4. Diárias de viagem, auxílios e ajudas de custo

Por desfrutarem de natureza de verbas de natureza indenizatória, os pretórios vinham excluindo as diárias de viagem, auxílios alimentação e creche e ajudas de custo (moradia, deslocamento) da incidência dos alimentos.

Várias são as decisões do STJ, excluindo tais verbas da base de incidência da pensão.

Relativamente às diárias de viagem, o REsp nº 1.747.540/SC, STJ, 3ª T., Rel. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 10/03/2020 decidiu que “as parcelas denominadas diárias e tempo de espera indenizado possuem natureza indenizatória, restando excluídas do desconto para fins de pensão alimentícia, porquanto verbas transitórias”.

60 Recurso Ordinário nº 0010356-03.2021.5.03.0069, TRT 3ª Região, Rel. Des. Sebastião Geraldo de Oliveira, j. 05/04/2022.

Quanto ao auxílio-alimentação, a Corte de Justiça reconheceu que a verba não integrava a base de cálculo dos alimentos, posto ter natureza indenizatória⁶¹, orientação ratificada pela 2ª Seção, no julgamento do REsp nº 1.207.071/RJ, Rel^a Min^a Maria Isabel Gallotti, j. 27/06/2012⁶².

Especificamente sobre o auxílio-creche, entende-se que a verba não integra a base de cálculo dos alimentos, *o que não significa que o valor pago sob esta rubrica não serão destinados ao alimentado*, pois “as verbas recebidas como auxílio-creche, com finalidade de custear instituição dessa natureza ou babá ao filho menor, devem ser repassadas diretamente à alimentada, uma vez que recebidas em razão de seu nascimento”⁶³, salvo quando houver mais de um alimentando, em que ambos farão jus ao compartilhamento da verba. Reconhece-se, porém, a existência de entendimento em sentido contrário, defendendo que “o salário-família, o auxílio-creche o auxílio-educação, por se referirem a verbas criadas e destinadas a promover a subsistência da prole, também devem compor a obrigação alimentar”⁶⁴.

Na esteira do entendimento consolidado no STJ de que verbas de natureza indenizatória não integram a base de incidência da pensão alimentícia, tem-se excluído dos alimentos as verbas recebidas pelo alimentante sobre a rubrica dos “auxílios”, como se dá no auxílio-moradia⁶⁵, auxílio-alimentação⁶⁶ e auxílio-transporte (vale)⁶⁷.

Esses entendimentos foram reforçados com a edição da Lei nº 13.467, de 2017 que, dando nova redação ao art. 457 da CLT, e seus parágrafos, consignou expressamente, que

as importâncias, ainda que habituais, pagas a título de ajuda de custo, auxílio alimentação, diárias para viagem, prêmios, abonos, não integram a remuneração do empregado, não se incorporando ao contrato de trabalho e não constituem base de incidência de qualquer encargo trabalhista ou previdenciário⁶⁸.

61 AgRg no REsp nº 1.326.676/RS, STJ, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 16/04/2013; EDcl no AgRg nº 1.417.033/RS, STJ, 3ª T., Rel. Min. João Otávio Noronha, j. 06/08/2013.

62 “O auxílio cesta-alimentação estabelecido em acordo ou convenção coletiva de trabalho, com amparo na Lei nº 6.321/76 (Programa de Alimentação do Trabalhador), apenas para empregados em atividade, não tem natureza salarial [...]”.

63 AC nº 1004959-85.2018.8.26.0577, TJSP, Rel^a Des^a Maria do Carmo Honório, j. 26/04/2020. No mesmo sentido, AC nº 1007112-30.2019.8.26.0004, TJSP, Rel. Des. Salles Rossi, j. 18/12/2019.

64 AC nº 074971205.2017.8.07.0016, TJDF, Rel. Esdras Neves, j. 18/02/2020.

65 AREsp nº 1.331.180/SC, STJ, Rel^a Min^a Maria Isabel Galotti, publ. 05/08/2016.

66 REsp nº 1.207.071/RJ, STJ, 2ª Seção, Rel^a Min^a Maria Isabel Galotti, j. 27/06/2012. No mesmo sentido, AgRg no REsp nº 1.327.009/RS, STJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 2ª Seção, j. 12/06/2013.

67 REsp nº 1.159.408/PB, STJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 07/11/2013.

68 § 2º do art. 457 da CLT, com a redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017.

3.5. FGTS, verbas rescisórias e PIS/PASEP

As verbas pagas ao empregado a título de fundo de garantia por tempo de serviço e sobre o abono anual do PIS/PASEP não integram a base de incidência da pensão alimentícia dada a natureza manifestamente indenizatória de cada uma dessas verbas, salvo se houver expressa convenção a respeito.

Consoante a melhor doutrina,

O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço significa a reserva constituída por contribuição do empregado e do empregador para formar um pecúlio em favor do primeiro, quando despedido do emprego, sendo, portanto, de natureza essencialmente indenizatória, e não salarial; as verbas de rescisão do contrato de trabalho, particularmente FGTS, não representam, a rigor, remuneração salarial, esta compreendida pelo que se paga em contraprestação do trabalho efetivamente prestado num determinado lapso temporal; quando se desconstitui o contrato laboral, a indenização (se for o caso) ou o levantamento do que estiver depositado à conta do FGTS, forma um composto pecuniário, cuja destinação outra não é que amparar o obreiro até que venha a se reposicionar no mercado de trabalho⁶⁹.

Se o FGTS está excluído da base de incidência dos alimentos, dada a sua natureza indenizatória, tem sido admitida a penhora sobre tais valores e também do PIS (Programa de Integração Social) para assegurar o pagamento de débitos alimentares, quando não se encontram outros bens de titularidade do devedor aptos a assegurar o pagamento da dívida alimentar⁷⁰. Há, nesse sentido, verbete n^o 12, da edição n^o 77, da Ferramenta Jurisprudência em Teses, do STJ⁷¹.

No que respeita as verbas de natureza rescisória do contrato de trabalho, há que distinguir aquelas que têm natureza salarial daquelas que desfrutam de natureza indenizatória. Guardando natureza indenizatória, como ocorre com prêmios não pagos, ressarcimento de dano moral ou material, como poderia ocorrer na perda de capacidade laboral em razão de determinado trabalho, esses valores pagos como indenização não sofrerão incidência dos alimentos, ainda que pagas como na rescisão do contrato de trabalho. A natureza indenizatória afasta a incidência dos alimentos. Ao revés, se as verbas pagas por ocasião da rescisão do contrato de trabalho tiverem natureza salarial, como ocorre no pagamento de férias e décimo terceiro não pagos oportunamente

69 Cahali, 2002, p. 742.

70 AgInt no AREsp n^o 995.474/RJ, STJ, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 18/11/2019. No mesmo sentido, AgRg no REsp n^o 1.427.836/SP, STJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 24/04/2014.

71 "12) Admite-se, na execução de alimentos, a penhora de valores decorrentes do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, bem como do Programa de Integração Social – PIS".

e saldos de salários em aberto, será de rigor a incidência do percentual dos alimentos sobre esses valores na medida em que representam um valor a que teria direito o alimentado e que não foram pagas em tempo oportuno pelo inadimplemento do empregador. Logo, uma vez realizado o pagamento, o alimentado apenas estará recebendo a destempo aquilo que deveria ter recebido em tempo oportuno a título de verba com natureza salarial:

2. BASE DE CÁLCULO DOS ALIMENTOS. Incidência dos alimentos apenas sobre as verbas de natureza remuneratória. Não incidência da pensão sobre: contribuição previdenciária, IRRF, FGTS, parcelas de natureza indenizatória (como verbas rescisórias, na parte relativa às verbas indenizatórias, contribuições sindical e assistencial), férias indenizadas, PLR e ajudas de custo. Inclusão de horas extras, habituais ou não. Reforma em parte para esclarecimentos sobre a base de cálculo dos alimentos em caso de emprego formal⁷².

Do corpo desse acórdão, extrai-se o seguinte trecho:

Quanto às verbas rescisórias, sua inclusão deve ser parcial. Ao haver a rescisão do contrato de trabalho, há o pagamento da remuneração proporcional a que o empregado teria direito, além de algumas verbas de natureza indenizatória. Apenas as verbas indenizatórias devem ser excluídas, como multa de FGTS, e não as verbas remuneratórias incluídas nas verbas rescisórias.

Os Tribunais de Justiça não têm feito semelhante distinção, incorrendo, em nosso sentir, em grave equívoco quando trata genérica e indistintamente da não incidência de alimentos sobre verbas rescisórias, entendendo que todas elas sempre desfrutam de natureza indenizatória⁷³.

3.6. PLR (Participação nos Lucros e Resultados)

O STJ tem três entendimentos distintos envolvendo a incidência da pensão alimentícia sobre verbas pagas a título de participação em lucros e resultados.

A 4ª Turma do STJ entende que “as parcelas percebidas a título de ‘participação nos lucros’ configuram rendimento, e, por isso, integram a base de cálculo da pensão fixada em percentual, uma vez que o conceito de rendimentos é amplo, mormente para fins de cálculo de alimentos”⁷⁴, entendimento

72 AC nº 1004962-22.2019.8.26.0604, TJSP, Rel. Des. Carlos Alberto de Salles, j. 08/03/2022. No mesmo sentido, AI nº 208418483.2022.8.26.0000, TJSP, Rel. Des. João Pazine Neto, j. 29/06/2022.

73 AI nº 10319150004368001, TJMG, Rel. Des. Dárcio Lopardi Mendes, j. 23/07/2015; AC nº 70024195935, TJRS, Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade, j. 26/05/2008; AC nº 102696790.2017.8.26.0577, TJSP, Rel. Des. J. L. Mônaco da Silva, j. 16/03/2021.

74 REsp nº 1.332.808/SC, STJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 18/12/2014.

esse majoritário até os idos de 2016, tanto que chegou a se consolidar como entendimento predominante daquela Corte de Justiça, motivando, inclusive, a edição de um verbete sob nº 11, da Edição nº 77, da ferramenta Jurisprudência em Teses, de seguinte redação: “as parcelas percebidas a título de participação nos lucros e resultados das empresas integram a base de cálculo da pensão alimentícia quando esta é fixada em percentual sobre os rendimentos, desde que não haja disposição transacional em sentido contrário”.

Merece destaque o REsp nº 1.924.509/SP, relativamente recente, por bem ilustrar o posicionamento predominante da 4ª Turma julgadora a respeito do tema:

o entendimento jurisprudencial da Quarta Turma desta Corte Superior é de que o recebimento de “participação nos lucros e resultados” deve ser considerado para fins de apuração do valor devido em obrigação alimentícia, em especial, quando definido em percentual da renda⁷⁵.

Diametralmente oposto, contudo, é o entendimento na 3ª Turma do STJ:

As verbas pagas em caráter transitório e independentes do exercício habitual das funções do empregado detêm caráter indenizatório e não configuram remuneração, sendo que a Participação nos Lucros e Resultados não deve integrar a base de cálculo da pensão alimentícia⁷⁶.

Nota-se, portanto, clara divergência entre a 3ª e 4ª Turmas do STJ a respeito do mesmo tema, fato que motivou a 2ª Seção a deliberar sobre o assunto, tendo decidido, por maioria, nos autos dos REsp ns. 1.854.488 e 1.872.706, ambos da relatoria da Ministra Nancy Andrighi, que o PLR, *via de regra*, não integrará a base de incidência do pensionamento, mesmo quando fixado em percentual sobre os vencimentos do alimentante, posto não ter natureza de rendimento ou salarial, assim concluindo após análise detida do art. 7º, inciso XI, da Constituição Federal⁷⁷ e do art. 3º da Lei nº 10.101/2000⁷⁸ e de substancial doutrina defendendo a natureza indenizatória da verba, com

75 REsp nº 1.924.509/SP, STJ, Rel. Min. Raul Araújo, j. 09/08/2021. No mesmo sentido, AgInt no AREsp nº 1.070.204-SE, STJ, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 25/09/2017; REsp nº 1.561.097-RJ, STJ, 4ª T., Rel. Min. Marco Buzzi, j. 06/02/2018.

76 AgInt no REsp nº 1.721.854/SP, STJ, Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 19/10/2020. No mesmo sentido, REsp nº 1.719.372/SP, STJ, 3ª T., Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 05/02/2019; REsp nº 1.465.679/SP, STJ, 3ª T., Relª Minª Nancy Andrighi, j. 09/11/2017.

77 “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XI – participação nos lucros, ou resultados, *desvinculada da remuneração* (grifo nosso).”

78 Lei nº 10.101/2000: “Art. 3º A participação de que trata o art. 2º não substitui ou completamente a remuneração devida a qualquer empregado, nem constitui base de incidência de qualquer encargo trabalhista, não se lhe aplicando o princípio da habitualidade”.

o merecido destaque, nesse sentido, para as citações doutrinárias e jurisprudenciais nesse sentido.

Tais argumentos seriam bastante para fazer o entendimento prevalecente da 3ª Turma, ou seja, que alimentos não incidem sobre o PRL. Contudo, indo além, reconheceu-se expressamente que a análise fria da “natureza jurídica da participação nos lucros e resultados não é suficiente, por si só, para resolver adequadamente a questão controvertida, sendo necessário também o exame do art. 1.694, § 1º, do Código Civil”, observando que as necessidades do alimentante são aferíveis em dois momentos; no primeiro, apuram-se as necessidades vitais do alimentado; no segundo, *apuram-se as necessidades ideais do alimentado e a capacidade do alimentante* para custeá-las. E, segundo o entendimento predominante na Corte, foi o de que, se as necessidades do alimentado, *vitais e ideais*, puderem ser satisfeitas pelo alimentante com seus rendimentos ordinários, não haverá justificativa para a incidência de alimentos sobre o PLR:

2. O propósito recursal é definir: (i) se o valor percebido pelo alimentante a título de participação nos lucros e resultados deve ser incluído à prestação alimentar fixada em percentual sobre a remuneração; (ii) se o acolhimento do pedido de alimentos em valor menor do que o pleiteado na petição inicial acarreta a existência de sucumbência recíproca.

3. O ordenamento jurídico reiteradamente desvincula a participação nos lucros e resultados da empresa do salário ou da remuneração habitualmente recebida pelo trabalhador, tipificando-a como uma bonificação de natureza indenizatória, eventual e dependente do desenvolvimento e do sucesso profissional das partes envolvidas. Inteligência do art. 7º, XI, da Constituição Federal e do art. 3º da Lei nº 10.101/2000.

Precedentes do Tribunal Superior do Trabalho.

4. O processo de identificação do valor ou do percentual respectivo a ser arbitrado pelo julgador a título de alimentos pode ser dividido em dois momentos distintos: (i) no primeiro, caberá ao julgador, diante das provas e do contexto socioeconômico apresentado, estabelecer inicialmente apenas quais seriam as necessidades vitais do alimentado, fixando os alimentos apenas sob a perspectiva do que seria um valor ideal para que o credor possua uma sobrevivência digna e tenha acesso às necessidades mais básicas e elementares no seu contexto social e econômico; (ii) no segundo, caberá ao julgador investigar se o valor ideal se amolda às reais condições econômicas do alimentante.

5. Se constatar que a necessidade do alimentado poderá ser integralmente satisfeita pelo alimentante, devem ser fixados os alimentos no valor ou percentual respectivo que originalmente se concluiu ser o ideal para o sustento do alimentando, sendo desnecessário investigar sobre a possibilidade de o alimentante eventualmente dispor de valor ou percentual maior do que aquele reputado como ideal, na medida em que a necessidade do alimentado foi plenamente satisfeita.

6. Se observar que o valor de que dispõe o alimentante não é suficiente para o pagamento do valor ideal da prestação alimentar que fora inicialmente estabelecido, deverá o julgador reduzi-lo proporcionalmente até que se ajuste à capacidade contributiva do alimentante, sempre sem prejuízo de, em ação revisional, ser demonstrada a melhoria das condições socioeconômicas do alimentante e, assim, de ser majorada a quantia até que finalmente se atinja o valor ideal inicialmente delineado.

7. Assim, não há relação direta e indissociável entre as eventuais variações positivas nos rendimentos auferidos pelo alimentante (como na hipótese da participação nos lucros e resultados) e o automático e correspondente acréscimo do valor dos alimentos, ressalvadas as hipóteses de ter havido redução proporcional do percentual para se ajustar à capacidade contributiva do alimentante ou de haver superveniente alteração no elemento necessidade, casos em que as variações positivas eventuais do alimentante deverão ser incorporadas aos alimentos a fim de satisfazer integralmente às necessidades do alimentado.

8. Na hipótese, diante da inexistência de circunstâncias específicas ou excepcionais que justifiquem a efetiva necessidade de incorporação da participação nos lucros e resultados aos alimentos prestados à ex-cônjuge, é de se concluir que a verba denominada PLR deve ser excluída da base de cálculo dos alimentos.

[...]

11. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

Se, por um lado, o entendimento revela uma falta de coerência de entendimentos da Corte, que adota como critério para a incidência ou não dos alimentos a natureza remuneratória da verba recebida pelo alimentante (ex.: férias usufruídas, 13ª pensão, adicionais noturno, de insalubridade, de periculosidade, verbas rescisórias de natureza salarial), afastando de sua incidência aquelas que têm natureza indenizatória (prêmios, abonos, diárias de viagem, ajudas de custo, FGTS, PIS, verbas rescisórias de cunho indenizatório), por outro lado, revela toda a preocupação do Tribunal da Cidadania com a tutela de vulneráveis e, por conseguinte, com a tutela da dignidade da pessoa humana e com a solidariedade social.

Por sua vez, há que se observar, atentamente, as situações concretas para, aplicando essa orientação, não franquearmos injustiças.

Considerações finais

O presente trabalho propôs-se a enfrentar as controvérsias existentes, decorrentes daqueles alimentos que exsurgem das relações familiares, especificamente, quanto aos critérios de sua base de cálculo e respectivas verbas incidentes (ou não) no cômputo do pensionamento alimentar, frente à au-

sência de critérios objetivos legais e da uniformidade nas decisões judiciais, em especial do próprio STJ.

Demonstrou-se que os critérios utilizados pelo STJ, quanto à incidência das verbas refere-se, em suma, à distinção quanto sua natureza, remuneratória ou indenizatória, não limitando-se, contudo, a apenas isso.

Na esteira dos entendimentos consolidados do STJ, em regra, aquelas que tiverem natureza salarial, de vencimento, de provento estarão incluídas na base de cálculo/incidência da verba alimentar, ao passo que verbas de natureza indenizatória, de caráter não habituais, não integrarão a base de incidência, a exemplo do auxílio-moradia, auxílio-alimentação, diárias de viagens, FGTS, PIS/PASEP, restando excluídas do desconto para fins de pensão alimentícia, porquanto verbas transitórias.

Por sua vez, constatou-se que tal dicotomia não se revela na prática tão simplista como aparentemente poder-se-ia supor, a exemplo do que se observa quanto aos entendimentos conflitantes do STJ em relação ao PLR, ante a atual divergência existente entre a 3ª e 4ª Turmas, ou em relação a não incidência sobre o décimo terceiro salário quando forem estabelecidos em valor mensal fixo.

Desvelou-se até mesmo que aquelas rubricas, que hodiernamente teriam caráter indenizatório, poderão, dentro de determinada situação concreta, incorrer em incidência quando assumirem um caráter de habitualidade, ante o desvio fático de sua natureza indenizatória, a exemplo dos prêmios e abonos percebidos em caráter permanente.

As dissonâncias existentes quanto aos critérios por certo irão permanecer, em especial diante da dinamicidade e plasticidade das relações interpessoais, assim como das novas formas de desenvolvimento do trabalho, que exigirão do julgador um esforço cada vez mais sistematizado.

Tais critérios, por sua vez, deverão ultrapassar aqueles legalmente previstos (necessidade/possibilidade), especialmente na técnica da ponderação da razoabilidade e proporcionalidade, calcados no suporte fático posto, a fim de que garantam não apenas a efetividade das decisões, e a resposta efetiva nas mais variáveis relações existentes, mas igualmente a segurança jurídica necessária.

TITLE: Maintenance, Calculation Basis and its Incidences According to the Superior Court of Justice

ABSTRACT: The guiding criteria for setting alimony and the amounts received by the alimony payer have always been a source of great controversy in the courts. This paper seeks to analyze these parameters used to define the criteria that should effectively be considered in the alimony calculation and also to present the criteria used by the Superior Court of Justice for the inclusion or exclusion of certain amounts from the alimony, in order to provide certainty for the analysis of the issues. To this end, the research used

the deductive method, especially the analysis of modern doctrine on the subject and, above all, recent judgments of the Superior Court of Justice.

KEYWORDS: Civil law. Family law. Maintenance. Determination. Basis of incidence.

Referências

- BRASIL. *Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916*. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. [Revogada pela Lei nº 10.406/2002]. DOU de 01.01.1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em: 01 abr. 2023.
- BRASIL. *Lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 14 abr. 2023.
- BRASIL. *Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968*. Dispõe sobre a ação de alimentos e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5478.htm. Acesso em: 14 abr. 2023.
- BRASIL. *Lei nº 10.101, de 19 de dezembro de 2000*. Dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10101compilado.htm. Acesso em: 14 abr. 2023.
- BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. DOU de 11.01.2002, p. 1. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 01 abr. 2023.
- CAHALI, Yousef. *Dos alimentos*. 4. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: RT, 2002.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso do direito do trabalho*. 19. ed. São Paulo: LTr, 2020.
- DEMOLOMBE, Jean-Charles-Florent. *Cours de Code de Napoleon*, vol. IV, s/d., nº 52.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2022.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 14. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2022. v. 6.
- MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- NERY, Rosa Maria Andrade. *Alimentos*. São Paulo: RT, 2019.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Aide, 1994. 3. v.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil aplicado*. São Paulo: Saraiva, 1981. v. I.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*. Atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004.
- TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito de família*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- WELTER, Belmiro Pedro. *Alimentos no Código Civil: de acordo com a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Porto Alegre: Síntese, 2003.

Recebido em: 14.01.2025

Aprovado em: 07.02.2025

Análise Crítica Sobre a Prática da Inseminação Caseira no Brasil

DÉBORA GOZZO

Pós-Doutorado pelo Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht, em Hamburgo/Alemanha. Doutora em Direito pela Universität Bremen/Alemanha. Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo. Ex-Bolsista da Alexander von Humboldt-Stiftung. Professora Titular do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciências do Envelhecimento e Titular da Faculdade de Direito, ambos da Universidade São Judas Tadeu (USJT), São Paulo/SP, Brasil. E-mail: deboragozzo@gmail.com.

MARCELA BITTENCOURT BREY

Doutoranda em Ciências do Envelhecimento pela Universidade São Judas Tadeu. Mestra em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da USP, Especialista em Compliance na área da Saúde, Direito Penal, Direito Médico e da Saúde, Direito do Trabalho e Processo do Trabalho. Membro Efetiva da Comissão de Bioética e Direito, e da Mulher Advogada, ambas da OAB-SP. Conselheira no Instituto Brasileiro de ESG. Advogada. E-mail: marcelabbrey@gmail.com.

RESUMO: O artigo trata da prática crescente da inseminação caseira no Brasil e suas implicações jurídicas, analisando-a dentro do contexto dos direitos reprodutivos. A partir da perspectiva de gênero e das novas dinâmicas familiares, questiona-se o papel do Estado frente a essa prática, especialmente pela ausência de políticas públicas adequadas e a vulnerabilidade socioeconômica das pessoas que a buscam. O fenômeno da inseminação caseira reflete as transformações nas relações familiares e a busca por alternativas à medicina tradicional de reprodução humana assistida, geralmente inacessível à parcela da população, devido à ausência de políticas públicas suficientes. A metodologia utilizada foi a dedutiva, com base em acervo documental, doutrinário e jurisprudencial que pretendeu confirmar que a prática da inseminação caseira fomenta debates jurídicos. Os resultados obtidos a partir do Recurso Especial nº 2.137.415 do Superior Tribunal de Justiça indicam o silêncio quanto aos riscos sanitários envolvidos, apesar dos compromissos do Brasil com os documentos internacionais. O estudo conclui que a inseminação caseira evidencia a falta de acesso aos serviços públicos de saúde e o desejo de realizar o projeto de parentalidade, seja para concretizar a maternidade ou para procriar, dando luz à lacuna nas políticas públicas de apoio à reprodução humana assistida. Sob essa ótica, a obrigação firmada pelo Brasil com o fim de efetivar e assegurar políticas públicas adequadas ao acesso a serviços universais de saúde e o exercício do direito reprodutivo da população brasileira, mostra-se fragilizada. Esses desafios estão pautados no ODS 3 da Agenda 2030 das Nações Unidas.

PALAVRAS-CHAVE: Inseminação caseira. Direitos reprodutivos. Interseccionalidade. Antidiscriminatório. Direitos humanos.

SUMÁRIO: Introdução. 1. A saúde e os direitos reprodutivos no Brasil em perspectiva de gênero. 2. Apresentando a inseminação caseira. 3. Repensando o papel do Estado: Ausência de promoção de políticas públicas adequadas. 4. Consequências da inseminação caseira: a necessidade de um olhar interseccional. Conclusão. Referências.

Introdução

Falar em maternidade, processo de procriação, infertilidade, ter descendentes ou não, é resgatar o propósito da existência do ser humano. Muitas vezes, quando a humanidade procura buscar sentidos existenciais, ela encontra na descendência a fonte de resposta para suas inquietudes. Por isso, a busca pela procriação pode se transformar num processo doloroso, principalmente para as mulheres que não conseguem engravidar. Antigas narrativas mostram que, em alguns povos e culturas, a estigmatização dessas mulheres é algo *normalizado* pela sua comunidade, associando a sua infertilidade a pecados cometidos pela sua família ou por ela própria.

Tratar de procriação, infertilidade ou mesmo o direito de a pessoa ter a sua descendência é algo que pode causar, na sociedade, comoção ou debates éticos, pois a questão que surge é a de saber até que ponto o ser humano seria capaz de ir quando o assunto é “engravidar”. Até onde iria a sua vontade? Quais atos essa pessoa seria capaz de cometer para colocar em prática o seu desejo de ter a sua descendência? Compraria sêmen? Recorreria à maternidade de substituição, a famosa “barriga de aluguel”? Realizaria a inseminação artificial caseira, também conhecida popularmente por “IC” ou também denominada de autoinseminação?

Essas questões levantam a necessidade da proteção da vida humana em face de práticas realizadas pela própria pessoa humana, e assim convergem nos desafios da atualidade na reflexão do papel do Estado em face dessas violações. Portanto, cabe ao Estado assegurar a inviolabilidade do direito à vida (CF, art. 5º, *caput*), devendo fazê-lo por meio de seus serviços públicos essenciais à sociedade brasileira, garantindo, desse modo, a saúde da população.

Enfim, o tema central, que se pretende alcançar por meio dessa investigação, é analisar o fenômeno social da *inseminação artificial caseira* ou *autoinseminação* e suas reflexões no âmbito jurídico, em especial, nos campos do Biodireito e do Direito Civil. E, para compreender o fenômeno da prática da IC, a forma como ela se relaciona com a saúde da população brasileira, e seus

reflexos biojurídicos, auxiliarão na investigação aqui proposta, a interseccionalidade, a Bioética, o Biodireito, o Direito de Família e os Direitos Humanos, eis que são áreas que conversam entre si. Ressalte-se, ademais, que este estudo se desenvolverá sob a ótica interdisciplinar, diante da complexidade do objeto de pesquisa aqui investigado, e que será utilizada a sigla “IC” para se referir ao fenômeno da *inseminação caseira*.

Por fim, para a compreensão da temática exposta, levar-se-á em conta a perspectiva da proteção da vida, e da necessidade de se repensar a maternidade.

1. A saúde e os direitos reprodutivos no Brasil em perspectiva de gênero

A Constituição de 1988, embora trate do direito à saúde como um direito social fundamental (art. 6º.), desconhece a expressão “direitos reprodutivos”. Isso, porém, não impede sua proteção, ancorada que está no princípio da dignidade da pessoa humana e, em decorrência deste, no do livre planejamento familiar. Esse foi incorporado ao texto constitucional pela Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, constando do § 7º do art. 226 da Lei Maior:

Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou públicas¹.

Historicamente, vale mencionar, foi a partir da Conferência Mundial sobre População e Desenvolvimento da ONU, realizada no Cairo/Egito, em 1994, que se passou a falar em *direitos reprodutivos e sexuais*. Essa ideia, ademais, foi confirmada em 1995, na Conferência Internacional de Beijing (Diniz, 2018, p. 182). O Brasil, aliás, teve atuação destacada na formulação do Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (CIPD), na referida Conferência, que garante acesso a políticas públicas no que tange à efetivação do direito à saúde sexual e reprodutiva. Mencione-se, aqui, ademais, o Princípio 8 do Relatório da citada Conferência:

Toda pessoa tem direito ao gozo do mais alto padrão possível de saúde física e mental. Os estados devem tomar todas as devidas providências para assegurar, na base da igualdade de homens e

1 A despeito de o texto prever a possibilidade do planejamento familiar ser de *livre decisão do casal*, as novas dinâmicas sociais trouxeram a possibilidade da maternidade *solo*, no qual a família é chefiada somente pela mãe. No Brasil, os números crescem, principalmente daquelas que se encontram em situação de vulnerabilidade social. Atualmente, o Brasil possui cerca de 11,3 milhões de mães solo. Esse cenário se transformou na última década, fruto de novas remodelações familiares (FGV, 2023).

mulheres, o acesso universal aos serviços de assistência médica, inclusive os relacionados com saúde reprodutiva, que inclui planejamento familiar e saúde sexual. Programas de assistência à saúde reprodutiva devem prestar a mais ampla variedade de serviços sem qualquer forma de coerção. Todo casal e indivíduo têm o direito básico de decidir livre e responsabilmente sobre o número e o espaçamento de seus filhos e ter informação, educação e meios de o fazer².

No entanto, mesmo o Estado brasileiro tendo aderido ao CIPD no ano de 1994, somente em 2005 a ONU estabeleceu a meta 5B, com o fito de alcançar a universalização do acesso aos serviços de saúde sexual e reprodutiva. Isso deveria ocorrer até 2015 (UNFPA, 2018, p. 40). Como o objetivo de desenvolvimento do milênio (ODM) – meta 5B – não foi conquistado, o intento foi prorrogado até 2030 mediante a inclusão do ODS 3 (saúde e bem-estar) na Agenda 2030 das Nações Unidas³. Note-se, que a Agenda 2030 da ONU é um plano para que seus Estados-Membros, as organizações sem fins lucrativos, as empresas, a sociedade, os interessados como um todo, atuem de forma colaborativa, a fim de melhorar as condições de vida da humanidade. São 17 objetivos de desenvolvimento sustentável, também chamados de “ODS”. Por conseguinte, a análise dos documentos internacionais anteriormente mencionados sugere que o Estado brasileiro deve promover políticas públicas na seara da saúde reprodutiva do casal ou da pessoa. Justamente por isso é que se questiona, de forma crítica, se o Estado tem conseguido efetivar a proteção da vida humana e ao mesmo tempo garantir o acesso a políticas públicas relacionadas à efetivação ao direito à saúde da população brasileira.

É necessário, pois, reafirmar uma visão ampla e inclusiva, norteada e pautada a partir do Direito Internacional dos Direitos Humanos, da universalidade dos serviços de saúde e do princípio da igualdade. Portanto, a saúde reprodutiva da pessoa deve ser considerada além dos estereótipos de gênero binário, mulher ou homem cisgênero.

O tratamento, inclusivo e antidiscriminatório, é justificado, levando-se em conta que, atualmente, há diversidade nas construções identitárias que rompem com a binaridade dos gêneros, mostrando-se a partir da dinâmica social, que o processo de procriação – a gravidez – pode ser estendido, inclusive, ao homem transgênero⁴.

2 Para mais, consulte a Plataforma de Cairo ou também conhecida como Conferência do Cairo, p. 43 do Relatório da Conferência Internacional sobre a População e Desenvolvimento, 1994. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2024.

3 Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em: 10 nov. 2024.

4 Disponível em: <https://revistacrescer.globo.com/maes-e-pais/comportamento/noticia/2023/01/homem-trans-engravada-depois-de-injetar-testosterona-por-nove-anos-e-compartilha-sua-jornada-no-tik-tok.ghtml>. Acesso em: 02 jul. 2023.

Na linha protetiva e em conformidade com os compromissos assumidos internacionalmente, como a Agenda 2030 da ONU, cabe ao Estado brasileiro, por meio de suas políticas públicas, garantir o direito humano à saúde, promovendo *uma vida saudável e de bem-estar para todos, independentemente da faixa etária*. O Brasil tem o dever de assegurar, até 2030, *o acesso universal aos serviços e insumos de saúde sexual e reprodutiva, incluindo o planejamento reprodutivo, a informação e a educação*. Além disso, é fundamental integrar *saúde reprodutiva em estratégias e programas nacionais*⁵.

Nesse sentido, as práticas utilizadas para o início da vida e seus embates éticos são merecedoras de atenção. O Estado não pode pronunciar-se somente em assuntos relacionados ao reconhecimento da filiação da criança gerada.

Assim, Fernando Aith entende ser dever do Estado o de garantir direito à saúde da população, o que envolve os três poderes, os quais terão de, permanentemente, articularem-se e harmonizarem-se “no sentido de direcionar o Estado brasileiro, como um todo, rumo à proteção efetiva do direito à saúde” (Aith, 2017, p. 126).

À luz dessas considerações, é importante refletir sobre os fatores que levam uma parcela população brasileira à prática da IC. O ser humano, motivado pelo desejo de ter a sua prole, pode, por vezes, buscar satisfazer essa ânsia sem qualquer reflexão crítica, tomando decisões impulsivas sobre métodos que colocam em perigo à vida ou à saúde.

Talvez, justamente por conta dessa tendência “humana”, Fernando Aith, ao analisar a postura ativa da população brasileira como titular do direito à saúde, que busca sua efetivação por meio das políticas públicas a serem executadas pelo Estado, destaca sobre o poder do povo, fundamento da soberania do Estado brasileiro, o conceito de democracia sanitária. Explana o autor:

Dentre os direitos reconhecidos pela Constituição Federal de 1988, destaca-se, [...], o reconhecimento da saúde como um direito de todos e dever do Estado brasileiro, a ser garantido por meio de políticas sociais e econômicas que visem à redução dos riscos de doenças e agravos à saúde, bem como à promoção, à proteção e à recuperação da saúde individual e coletiva. O reconhecimento constitucional do direito à saúde foi fruto de um movimento social importante no Brasil – o movimento sanitário – e representou uma inovação jurídica com consequências profundas e permanentes para o Direito e para a sociedade. A *democracia sanitária* é uma parcela da democracia brasileira que está ousando, ainda que timidamente, sair à luz do dia para inaugurar um novo modelo democrático de

5 Conforme meta 3.7 do ODS 3. Para mais informações consulte a página das Nações Unidas Brasil. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em: 10 nov. 2024.

reconhecimento e de implementação de um direito humano (Aith, 2017, p. 20 – grifou-se).

O Estado brasileiro, portanto, tem o dever de garantir a educação da população brasileira principalmente no que concerne a efetivação do direito à saúde, devendo incluir reflexões sobre os riscos de doenças, agravos à saúde que possam resultar da prática da IC.

Ademais, como a IC é realizada fora do ambiente hospitalar ou clínico, sem a assistência de um profissional da saúde, a maternidade ou paternidade, infertilidade e problemas a ela associados necessitam ser explicitados à população. Desse modo, por ser o direito à vida essencial ao ser humano, faz sentido protegê-la, justamente porque dela decorrem outros direitos correlatos, como os direitos da personalidade e direito à saúde, como mencionado anteriormente.

Tendo em vista que os atos lesivos à vida humana podem ser praticados inclusive pela própria pessoa humana, há necessidade de proteção em face dessas violações, como mencionado na introdução deste estudo. Assim, sob a ótica protecionista da vida humana, passar-se-á a apresentar nos próximos itens o fenômeno da *inseminação caseira* e seus reflexos jurídicos.

2. Apresentando a inseminação caseira

A inseminação caseira – IC – também chamada de autoinseminação, como já mencionado, consiste na prática doméstica de coletar o sêmen do doador por meio de uma seringa e injetar no interior do corpo da pessoa que será a gestante. Ela é realizada fora do ambiente hospitalar ou das clínicas de reprodução humana assistida com doadores. Portanto, ela é desassistida de um profissional da saúde, visto que é realizada sem qualquer auxílio da medicina (Araujo, 2020, p. 101-106; Paiano, 2022, p. 1-21). Desse modo, a IC não é reprodução humana assistida (RHA) (Gozzo; Nomura-Santiago, 2023), visto que, além de ser realizada fora do ambiente clínico médico, não conta com a presença de um profissional da área da saúde.

A verdade é que, muito embora a IC ocorra fora dos padrões convencionais da prática de relação sexual entre homem e mulher ou do ambiente médico, ela tem crescido paulatinamente no Brasil. A prática tem sido realizada não somente por casais homoafetivos, em especial mulheres lésbicas em projeto de parentalidade, mas também por casais heterossexuais e mulheres solteiras, como alternativa ao pagamento de alto custo em clínica médica de reprodução humana assistida particular. Há, pois, pessoas que encontram na

IC uma oportunidade de viabilizar seus projetos de vida (Felipe; Tamanini; 2020, p. 22-33).

O estudo retomado versa sobre *Inseminação Caseira e a construção de projetos lesboparentais no Brasil*. Nele, foram analisadas cerca de 600 publicações de dois grupos destinados a mulheres lésbicas em redes sociais – Facebook – que buscavam doadores de sêmen no período de novembro de 2017 e abril de 2018. As autoras observaram que na busca pelo doador e do sêmen era requisito encontrá-lo com as características físicas semelhantes das *tentantes*⁶.

No estudo citado, as pesquisadoras salientaram, ainda, a importância das redes sociais para que a IC seja viabilizada, pois ela é o palco onde ocorre a troca de informações entre aquelas que buscam o material genético e o doador. As regras dos grupos das redes sociais são, de fato, ditadas pelos moderadores. A verdade é que, o doador de sêmen é considerado o maior elemento de risco nessa relação, visto que a maioria das mulheres lésbicas não quer ter contato com o doador após a obtenção do sêmen, porquanto não estão dispostas ao exercício de uma eventual coparentalidade (Felipe; Tamanini; 2020, p. 33-37).

A dinâmica da situação descrita no estudo entre *tentantes* e *doador* merece destaque. Naturalmente, o risco é presente, diante do conhecimento da identidade do doador e de ausência de lei que regulamenta esse procedimento caseiro. Nessa perspectiva de risco – de ter a paternidade reconhecida *versus* dinâmica da coparentalidade –, é realizada uma análise minuciosa pelas *tentantes*. Em outras palavras, uma espécie de monitoramento do contexto e informações apresentadas pelo doador – *background check*⁷ – é realizado, com o intuito de que realmente ocorra a doação do sêmen. Por conseguinte, a diligente análise é essencial para mitigar os riscos e para que o elo de confiança seja iniciado, no intuito de haver a doação do sêmen.

Assim sendo, para que haja a IC é imprescindível a relação de confiança entre a *tentante* e o doador. Afinal, este não quer ser acionado judicialmente em ação de reconhecimento de paternidade cumulada com alimentos, dentre outros reflexos oriundos do vínculo reconhecido. Portanto, segundo o estudo, no que diz respeito

aos limites das práticas, podemos afirmar com base no material coletado que as dinâmicas entre *tentantes* e doadores dizem

6 De acordo com Felipe e Tamanini (2020, p. 31-32), as mulheres que buscam a IC são chamadas de *tentantes*. Verifica-se desta forma, que a relação é iniciada e desenvolve-se nas redes sociais.

7 A expressão do idioma inglês, no Brasil é muito utilizada e geralmente, possui a conotação de devida diligência em procedimentos de *compliance* (conformidade). Para mais, acesse o Documento Orientativo Empresa Pró Ética (2022-2023) produzido pela Controladoria Geral da União. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/integridade-privada/avaliacao-e-promocao-da-integridade-privada/empresa-pro-etica/arquivos/2022-2023/documento-orientativo-empresa-pro-etica-2022-2023.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2024.

respeito à contenção dos riscos envolvidos. Os limites, os acordos firmados através do diálogo são essenciais para que haja a construção de uma relação de confiança. Essa relação é essencial para que a doação aconteça e sua construção necessita de elementos com um bom histórico de doações, disponibilidade do doador para realização de exames, esclarecimento de dúvidas e possibilidade de horários e dias para doações (Felipe; Tamanini; 2020, p. 41).

O fato é que, muito embora se realize o *background check*, impossível eliminar o risco, já que a prática da IC não é segura nem sob o ponto de vista jurídico nem tampouco pelo aspecto clínico/saúde. Ela oferece riscos à saúde da gestante e da criança, com a possível transmissão de infecções e outras doenças, ainda que as *tentantes* solicitem ao doador exames clínicos, que podem, inclusive, ser falsos.

Como se constata, a prática da IC não proporciona a segurança necessária para a gestação e saúde, tanto da *tentante* como da criança que poderá ser gerada. E nesse sentido, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA – já externou o seu ponto de vista (Araújo, 2020, p. 114-115). Quanto às implicações jurídicas da prática da IC, elas também serão apresentadas adiante com base em algumas decisões judiciais e projeto de lei em trâmite na Câmara dos Deputados.

3. Repensando o papel do Estado: ausência de promoção de políticas públicas adequadas

Como mencionado no número anterior, o fenômeno da IC cresce e é estimulado de forma reiterada nas redes sociais. Ele anda na contramão da taxa de fecundidade do Brasil, que apresentou queda significativa. O Censo 2022, divulgado ao país no dia 29 de junho de 2023, apontou queda na taxa de fecundidade do país⁸ e apresentou múltiplas razões: econômicas, gravidez tardia ou mesmo o envolvimento profissional das mulheres, que estão cada vez mais disputando posições de liderança no mercado de trabalho⁹.

O Censo confirmou o panorama já traçado em 2019 pelo Fundo das Nações Unidas – UNFPA – a agência de desenvolvimento internacional da ONU que trata de questões populacionais. No Relatório “Fecundidade e Dinâmica da População Brasileira”, publicado em 11 de julho de 2019, o

8 Disponível em: <https://www.gov.br/fundaj/pt-br/centrais-de-conteudo/noticias-1/sem-mudanca-na-taxa-de-fecundidade-populacao-pode-comecar-a-cair-em-2035-no-brasil-explica-pesquisador-da-fundaj>. Acesso em: 02 jul. 2023.

9 Disponível em: <https://www.estadao.com.br/brasil/por-que-os-brasileiros-estao-tendo-cada-vez-menos-filhos/>. Acesso em: 02 jul. 2023.

Brasil já apresentava um acelerado quadro de queda na taxa de fecundidade nas últimas décadas, caindo de forma considerável entre as mulheres em situação de vulnerabilidade, como as mulheres negras e pobres. O estudo justificou a redução dos índices de fecundidade no país, com base no acesso aos serviços de informações e métodos contraceptivos de larga escala, o empoderamento feminino, o engajamento na vida produtiva, dentre outros (UNFPA, 2018, p. 19).

O Censo e o Relatório anteriormente mencionados, ademais, indicam que talvez a própria sociedade esteja ressignificando o sentido da maternidade ou do ato de procriar. No passado, considerava-se somente o ser humano pleno e realizado em sua existência a partir da sua prole. Hoje, possivelmente, não seja mais essa a realidade. Esse sentir pode ter sido colocado em xeque hodiernamente, visto que a taxa de crescimento populacional tem diminuído em todo o globo¹⁰. Portanto, o critério da procriação ou de ter a sua descendência estabelecida a partir da gestação de um filho, tem perdido força, na medida em que existem pessoas impedidas, ou simplesmente não desejam ter filhos.

Apesar da redução da taxa de fecundidade ser um fenômeno mundial, um novo paradoxo se apresenta sem qualquer controle estatal: a prática da IC tem sido procurada cada vez mais¹¹. Esse fato social convida à reflexão não somente da sociedade civil, mas dos profissionais da saúde, do direito, da antropologia e da sociologia. Afinal, o motivo pelo qual as pessoas têm procurado a IC pode ser multicausal, mas com forte influência econômica. Algumas mulheres buscam a IC mesmo tendo condições de pagar pelo alto custo do tratamento de reprodução humana assistida em clínica particular (Felipe; Tamanini; 2020, p. 41). Ainda que assim seja, há necessidade de maior aprofundamento na pesquisa em relação a esse dado, visto que o cenário majoritário, apresentado na investigação retromencionada, aponta a vulnerabilidade social e econômica da maioria das pessoas que buscam por essa alternativa para ter sua prole.

Essa vulnerabilidade parece justificar o olhar interseccional neste estudo. A interseccionalidade pode ser uma importante ferramenta analítica (Collins; Bilge; 2021, p. 16-49) para se compreender as desigualdades sociais e estruturais onde raça, gênero, etnia, nacionalidade e faixa etária moldam os diversos fenômenos e problemas sociais. Nesse sentido, podem ser apontadas

10 Já em 2017, as Nações Unidas apontavam que apesar do crescimento, este era mais lento quando comparado ao passado. O relatório apontou ainda baixa perspectiva de crescimento na população de países europeus ao contrário dos países pobres. Disponível em: https://population.un.org/wpp/Publications/Files/WPP2017_KeyFindings.pdf. Acesso em: 02 jul. 2023.

11 Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-42145205> e <https://exame.com/ciencia/inseminacao-caseira-para-engravidar-por-que-cresce-no-brasil-e-quais-os-riscos/>. Acesso em: 20 jan. 2023.

seis ideias centrais da interseccionalidade: *a desigualdade social, as relações de poder interseccionais, o contexto social, a relacionalidade, a justiça social e a complexidade* (Collins; Bilge; 2021, p. 45).

À vista disso, o alto custo para a realização do serviço de saúde de Reprodução Humana Assistida (RHA) em clínicas particulares, conforme apresentado por Felipe e Tamanini (2020, p. 41), pode ser a válvula de escape para a prática da IC. Nessa área, portanto, o que se observa é que e as redes sociais acabam por colaborar para a naturalização da busca por sêmen, por parte das pessoas que não têm condições, ou não querem realizar uma reflexão mais crítica dos riscos inerentes da IC.

Atualmente, no serviço básico de saúde, existem única e exclusivamente 204 Centros de Reprodução Humana Assistida (CRHAs). São Paulo é o estado que possui o maior número de CRHAs (66) no Brasil e somente na capital constam 33 locais para a realização do serviço. Todavia, dados apresentados no ano de 2022 pela Anvisa apontaram que somente dez deles ofereciam tratamento pelo Sistema Único de Saúde (SUS)¹². O contexto da saúde pública demonstra um abismo gigantesco no que concerne ao acesso aos serviços de saúde relativos à reprodução humana assistida.

Em matéria veiculada no jornal *online* “Agência Brasil”, do Ministério da Saúde, consta que, em maio/2023, dos dez locais que prestam serviços médicos na área da reprodução humana, somente quatro deles eram totalmente gratuitos. E saliente-se que, em alguns deles, o paciente precisa, inclusive, pagar o valor de exames e/ou procedimentos¹³. Conclui-se, desse modo, que o serviço oferecido pelo sistema básico de saúde é incapaz de atender a demanda da população brasileira, muito embora não haja dados oficiais do Ministério da Saúde, que ratifiquem a quantidade de pessoas à espera de tratamento contra infertilidade¹⁴. Nesse sentir, há falha do Poder Público na promoção de políticas públicas adequadas, com o propósito de garantir o acesso às técnicas de reprodução humana assistida.

Paradoxalmente, o mesmo Poder Público, trazido aqui nessa investigação como o ente político, que não garante acesso às técnicas de reprodução humana assistida à parcela vulnerável da população brasileira, em dado mo-

12 Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/acessoainformacao/dadosabertos/informacoes-analiticas/sisembrio>. Acesso em: 12 nov. 2024.

13 Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2023-05/sus-pode-ser-esperanca-para-mulheres-que-sonham-ser-maes>. Acesso em: 12 nov. 2024.

14 Cf. matéria publicada no *site* da Agência Brasil em 14 maio de 2023. Disponível em: [https://www.tudoep.com/tudo-bebes/NOT,0,0,1855287,reproducao-assistida-10-centros-atendem-ao-sus-no-brasil.aspx#:~:text=Os%20centros%20de%20Reprodu%C3%A7%C3%A3o%20Humana,de%20S%C3%A3o%20Paulo%20\(Unifesp\)](https://www.tudoep.com/tudo-bebes/NOT,0,0,1855287,reproducao-assistida-10-centros-atendem-ao-sus-no-brasil.aspx#:~:text=Os%20centros%20de%20Reprodu%C3%A7%C3%A3o%20Humana,de%20S%C3%A3o%20Paulo%20(Unifesp)). Acesso em: 04 jul. 2023.

mento, é obrigado a se pronunciar sobre os reflexos dessa prática. Cite-se como exemplo, a efetivação do direito à filiação da criança concebida por meio da IC e da dupla maternidade do casal homoafetivo em projeto de parentalidade. Ainda que não seja esse o entendimento majoritário, há precedentes que garantem o registro ao nascituro, já antes do nascimento da criança, conforme pronunciamento recente do Poder Judiciário brasileiro, ocorrido no início do mês de julho de 2023¹⁵ e recentemente pelo Superior Tribunal de Justiça¹⁶.

Por fim, sob a ótica de atuação estatal, mas no plano legislativo, verificam-se também lacunas no Código Civil vigente, especialmente quanto ao reconhecimento da dupla maternidade. Nesse sentido, a IC revela a necessidade de se colocar em prática o tratamento isonômico dessas mulheres que a buscam. Esse é um dos pontos que serão refletidos a seguir.

4. Consequências da inseminação caseira: a necessidade de um olhar interseccional

Como já tratado até aqui, no Brasil a prática da IC não é vedada, e representa uma importante forma de reprodução humana, muito embora, pelos motivos já apresentados nos itens anteriores, não seja uma técnica medicamente assistida. Além disso, mister ressaltar que o legislativo brasileiro, nos mesmos moldes como ocorre com a reprodução humana artificial, insiste em não a regulamentar. Agindo desse modo, acaba por impedir que sejam tomadas medidas eficazes que minimizem, reconheçam ou auxiliem as pessoas envolvidas a sanar os problemas decorrentes dessa prática realizada basicamente em ambiente doméstico.

Essa dormência estatal em relação aos direitos reprodutivos da população brasileira, no entanto, começa a ganhar destaque nos Tribunais e no próprio Poder Legislativo. Há vários julgados em diversos Tribunais de Justiça estaduais reconhecendo a dupla maternidade a casal homoafetivo que se socorreu da prática da IC. Nesse sentido, o Recurso Especial nº 2.137.415, da 3ª Turma, julgado no dia 16.10.2024 e de Relatoria da Ministra Nancy Andrighi. No entanto, a despeito do entendimento da não discriminação entre os filhos gerados por meio da inseminação caseira, o citado julgado, em consonância com

15 A decisão é da Vara da Fazenda Pública da Comarca de São José, em Santa Catarina, que garantiu o registro de dupla maternidade antes do nascimento da criança. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/10944/Justi%C3%A7a+garante+registro+de+dupla+maternidade+antes+do+nascimento+da+crian%C3%A7a>. Acesso em: 12 jul. 2023.

16 Cf. Recurso Especial nº 2.137.415/SP (2024/0136744-9). Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Acord%C3%A3o%20insemina%C3%A7%C3%A3o%20artificial%20STJ%20IBDFAM.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2024.

outras decisões dos tribunais estaduais brasileiros, é silente no concernente às questões sanitárias e aos riscos inerentes da prática da IC.

Ressalte-se, ademais, constar do julgado, que “a inseminação artificial caseira é protegida pelo ordenamento jurídico brasileiro”¹⁷. Essa afirmação, além de poder encorajar as pessoas à prática da IC, como sendo algo “inofensivo” e de baixo custo, pode ainda auxiliar na disseminação de entendimento equivocado de que ela, de fato, está protegida pelo ordenamento. Essa, todavia, não é a realidade. Se assim fosse, não seria necessário recorrer-se ao Poder Judiciário, a fim de ter o nome das tentantes, por exemplo, na certidão de nascimento. Ademais, relevante indagar-se, a partir do julgado: Quem está sendo protegido? A pessoa? A IC? O direito reprodutivo? Enfim, as respostas ainda precisam ser dadas.

O que torna sensível a análise jurisprudencial é que, em vez de tocar em como o Estado deveria assumir e efetivar os compromissos internacionais, reafirmando o direito à saúde como um direito humano básico a todas as pessoas, o comando judicial é silente. Além disso, despreza a oportunidade de tratar, mediante a lente da interseccionalidade, o que o faria aplicando o Protocolo Para Julgamento com Perspectiva de Gênero do CNJ (com foco no direito à saúde), reconhecendo os construtores opressores de desigualdades sociais e econômicas (Collins; Bilge; 2021, p. 35) que assolam boa parte dessa parcela da população que busca a IC. Por ocasião da análise do caso pelo Superior Tribunal de Justiça, essas questões poderiam ter sido objeto de reflexão de modo mais sofisticado sobre as desigualdades sociais e econômicas.

Na Câmara dos Deputados, desde junho de 2022, encontra-se em trâmite o Projeto de Lei nº 1.902, de autoria da Deputada Federal Sâmia Bomfim (PSOL) desde junho de 2022, que visa regulamentar a matéria, no sentido de garantir o direito de filiação à criança fruto da IC, facilitando o reconhecimento da dupla maternidade. Tais pontos serão tratados distintamente a seguir.

Como já mencionado, inexistente lei no Brasil que regule a reprodução humana assistida (RHA). As Resoluções do Conselho Federal de Medicina – CFM – são os instrumentos que disciplinam a relação ética entre médico e paciente. Elas visam trazer maior segurança e eficácia aos tratamentos médicos relativos ao procedimento de RHA, mas não de IC, obviamente.

Atualmente é a Resolução nº 2.320, de 22 de setembro de 2022, do CFM, que regulamenta a Reprodução Humana Assistida, que está em vigor. Entre seus dispositivos deontológicos, no que concerne às técnicas de reprodu-

17 Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Acord%C3%A3o%20insemina%C3%A7%C3%A3o%20artificial%20STJ%20IBDFAM.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2024.

ção humana assistida, ela permite: doações de material genético, sendo vedado o caráter mercantil; o sigilo dos doadores e receptores (e vice-versa) exceto nos casos de doação para parentesco de até o 4º grau, de um dos receptores, desde que não incorra em consaguinidade; reconhece a infertilidade como um problema de saúde pública com implicações médicas e psicológicas¹⁸.

Todavia, as consequências jurídicas de sua prática são percebidas principalmente no aspecto do reconhecimento do direito da filiação da criança gerada e demais direitos decorrentes como guarda, visitas, fixação de alimentos, o que faz retornar à análise sob o ponto de vista dos Tribunais.

No estudo *Reprodução Humana Assistida: autoinseminação e suas implicações jurídicas e as alterações trazidas pela Resolução nº 2294/2021 do Conselho Federal de Medicina*, Daniela Paiano expõe que a ausência de dispositivo legal acerca da IC é um problema complexo e atual, principalmente em relação ao reconhecimento da dupla maternidade em projeto de parentalidade. Em especial, o reconhecimento da mãe não parturiente, no procedimento de IC, é necessário. E, nesse sentido, a autora comenta vários julgados de Tribunais de Justiça estaduais diversos, que buscaram reconhecer o direito da filiação, apresentando, ainda, a lacuna no Código Civil quanto ao reconhecimento da criança gerada. Para a autora,

o ordenamento contempla o princípio da igualdade jurídica entre os filhos (art. 1.596 do Código Civil e art. 227, § 6º, da Constituição Federal), de maneira que não podem os filhos sofrer discriminações anteriormente existentes (Paiano, 2022, p. 20).

A necessidade de o Estado agir de forma *antidiscriminatória* é imperiosa. Esse é um dos problemas que merece o enfrentamento nos Tribunais. Há o impedimento por parte da mãe que não gerou a criança de realizar o registro de nascimento, muito embora ela possa ser casada ou ter sua união estável reconhecida com a mãe parturiente. Os Cartórios de Registro Civil não realizam o registro com base no Provimento nº 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). De acordo com o Provimento, para a realização do registro, é necessária a apresentação de alguns documentos emitidos pela clínica que realizou a técnica de RHA e não de IC, dentre eles a declaração com firma reconhecida do diretor da clínica:

Art. 17. Será indispensável, para fins de registro e de emissão da certidão de nascimento, a apresentação dos seguintes documentos:

18 Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2022/2320_2022.pdf. Acesso em: 23 jan. 2023.

I – declaração de nascido vivo (DNV);

II – declaração, com firma reconhecida, do diretor técnico da clínica, centro ou serviço de reprodução humana em que foi realizada a reprodução assistida, indicando que a criança foi gerada por reprodução assistida heteróloga, assim como o nome dos beneficiários;

III – certidão de casamento, certidão de conversão de união estável em casamento, escritura pública de união estável ou sentença em que foi reconhecida a união estável do casal.

Interessante trazer à reflexão, que situação distinta é aplicada à mãe solteira (monoparentalidade) ou ao casal heteroaferivo, que decidiram se valer da prática da IC. No momento em que eles decidem realizar o registro de nascimento no Cartório, logicamente, não lhes é perguntado sobre como a criança foi gerada ou algo do tipo. Na primeira hipótese, a maternidade da parturiente não é contestada pelo hospital ou oficial de registro civil, visto que a futura impugnação caberá ao filho(a), a mãe, em caso de falsidade do termo, ou das declarações nele contidas, ou, ainda, a qualquer pessoa que tenha justo motivo (arts. 1.606, 1.608 e 1.615 do Código Civil). Já na segunda, tanto a paternidade e a maternidade são presumidas em decorrência do casamento, ou, ainda, pode ser realizado em conjunto ou separadamente pelos pais (arts. 1.597 e 1.607 do Código Civil). Assim, em ambos os casos, raramente, ter-se-iam dificuldades em registrar a criança.

Na hipótese de dupla maternidade de mulheres que estejam em projeto de parentalidade, tais presunções não existem, caracterizando tratamento distinto e discriminatório na medida em que o Estado não tem agido a *promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação* (Const., art. 3º, IV). De tal forma que, em virtude da dificuldade do registro por casais homoafetivos, a criança é registrada em nome da parturiente, em razão da inexistência de previsão legal que autorize o registro (art. 8º c/c o art. 17 do Provimento nº 63 alterado pelo Provimento nº 149/2023 do CNJ).

Em que pese este estudo não tenha como metodologia a investigação norteada por análise jurisprudencial, cabe ressaltar a importância de mencioná-las. De forma breve, é necessário expor os efeitos jurídicos que podem suceder da prática da IC. Por conseguinte, a jurisprudência, em especial, o Recurso Especial nº 2.137.415/SP (2024/0136744-9) julgado pelo Superior Tribunal de Justiça apresenta que as mulheres em projeto de parentalidade não conseguem inserir ambos os nomes no registro de nascimento da criança. Para tanto, tem sido imperioso o ajuizamento de ação judicial.

Esse cenário tem contribuído para aumentar a *judicialização*. A realidade apresentada no estudo de Daniela Paiano demonstra que vários Tribunais de Justiça estaduais, desde 2016, têm enfrentado a questão até o presente. As decisões foram proferidas pelos Tribunais de Justiça do Paraná, de Santa Catarina, de Brasília, do Maranhão, de São Paulo, da Paraíba e do Rio de Janeiro. A autora ainda observou, que o projeto de parentalidade das mulheres em união homoafetiva foi reconhecido, alicerçado na socioafetividade, na entidade familiar constituída e no bem-estar da criança (Paiano, 2022, p. 6-14).

Algumas vezes há a reforma, pelos Tribunais, de decisão proferida pelo juízo monocrático, com exceção de um caso ocorrido no Tribunal de Justiça de São Paulo – 7ª C. de Dir. Priv., Ap. Cív., proc. nº 1001267-16.2020.8.26.0575, Relª Desª Maria de Lourdes Lopes Gil – julgado em 27 de junho de 2021, que *manteve a sentença que impediu a retificação de registro da criança concebida por inseminação caseira*, eis que ausente a declaração do diretor da clínica de reprodução assistida (Paiano, 2022, p. 12).

Em sentido contrário, a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, conforme julgamento realizado no dia 26 de abril 2023 pela 21ª Câmara Civil Especializada – proc. nº 5019079-39.2021.8.13.0701, Ap. Cív. 1.000.22. 028850-0/001 – que efetivou o direito à dupla maternidade, a posterior retificação de registro da criança concebida por IC, somando assim, ao lado das decisões majoritárias anteriormente mencionadas.

Como fundamentos da decisão e de forma unânime, o colegiado entendeu a necessidade de se garantir, por força constitucional, a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana que, em virtude de seu conceito ser amplo, forçoso reconhecer a pluralidade de *conceitos de família*; o Código Civil reconhece outras origens no que concerne ao parentesco, a não discriminação entre os filhos havidos ou não pelas relações de casamento ou adoção. E nesse sentido, fundamentou: “Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”.

Sustentou ainda o julgado, que o próprio art. 1.593 do Código Civil não é taxativo na definição da origem do parentesco. Ao permitir em sua redação “outra origem”, a norma garante o reconhecimento da *paternidade desbiologizada ou socioafetiva*. (Villela, 1980; Gozzo, 2017, p. 69)

No que concerne à não discriminação, a decisão encontra-se fundamentada no art. 1.596 do Código Civil:

Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação¹⁹.

Ainda consubstanciou o referido acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que, em virtude do reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar e sua equiparação aos direitos e deveres da união estável entre homem e mulher, direito esse reconhecido por força da ADI nº 4.277 e da ADPF nº 13 do STF, forçoso reconhecer, no caso em tela, a entidade familiar das mães que buscavam o reconhecimento da filiação da criança concebida por inseminação caseira.

Pronunciou-se, ainda, o importante julgado, no reconhecimento da dupla maternidade por meio de outras provas hábeis produzidas no processo, as quais foram elementares a consubstanciar a socioafetividade: união estável das mulheres; e o desejo de ter um filho a compor a entidade familiar.

Em relação ao Provimento nº 63/2017, modificado em 2019 pelo Provimento nº 89 do Conselho Nacional de Justiça, o julgado reconhece que a exigência, considerada indispensável, desarmoniza com os preceitos constitucionais, pois coíbe o direito de filiação às mulheres em projeto de parentalidade, que recorrem à prática da IC. Nesse sentido, a exigência e o cumprimento integral do Provimento nº 63/2017 ferem o princípio da isonomia, previsto no *caput* do art. 5º da Constituição Federal.

A violação ao princípio da isonomia também pode ser observada na vulnerabilidade social e econômica das pessoas que buscam a inseminação caseira, e o olhar interseccional como ferramenta analítica auxilia a enxergar as desigualdades diante do grupo de pessoas que dispõe de grande dispêndio financeiro para o tratamento clínico de reprodução humana assistida. De forma lógica, o desfecho é diferente para o registro da criança concebida por IC, daquela realizada por uma clínica de reprodução humana. Na primeira situação, impossível tornar obrigatória a apresentação de declaração, com firma reconhecida, do diretor técnico da clínica de reprodução humana, já que o procedimento foi realizado de forma caseira.

Por fim, ressaltou ainda o julgado que o Conselho Nacional de Justiça possui poder normativo uniformizador das regras do Poder Judiciário, tendo por fonte primária a própria Constituição da República (EC nº 45/2004), não podendo *obstar o direito das partes*. De modo que, visando atender o melhor interesse do infante e, adaptando-se à sua realidade social, foi julgado de for-

19 Este dispositivo do Código Civil praticamente reproduz o art. 227, § 6º, da Constituição: “Os filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

ma unânime, reformando a decisão proferida pelo juízo *a quo*, para retificar a certidão de nascimento da criança, constando, por conseguinte, o nome das duas mães²⁰.

A prática da IC e esse novo olhar *antidiscriminatório* em relação à mãe que não gerou a criança também faz parte do Projeto de Lei nº 1.902/22, de autoria da Deputada Federal Sâmia Bomfim (PSOL), que dentre suas propostas sugere que os documentos necessários ao reconhecimento da filiação da criança e da dupla maternidade sejam: a *Declaração de Nascido Vivo* (DNV) e o *documento comprobatório de vínculo conjugal*. De forma que, a partir desses documentos, o Cartório de Registro Civil não poderá impedir o registro da criança. Ademais, o projeto sugere a alteração da redação do inciso V do art. 1.597 do Código Civil, que presume concebido na constância do casamento os filhos “havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”²¹.

Conclusão

Em que pese não haja uma lei específica a regular a reprodução humana assistida no Brasil, conforme assinalado mais de uma vez neste texto, a dignidade da pessoa humana constitui-se como fundamento basilar do Estado Democrático de Direito (Const., art. 1º, III), de modo que a IC reivindica um novo olhar aos direitos reprodutivos e sexuais da população brasileira. A direção, como mencionado anteriormente, carece de uma abordagem mais completa, inclusiva e interseccional. Nesse sentido, significa dizer, que não deve ficar limitada somente ao ramo da Bioética ou do Direito, dentre o Direito Sanitário, do Biodireito ou dos Direitos Humanos.

Por ser uma questão que permeia desde a vontade de se querer ou não procriar, de constituir ou não o projeto de parentalidade, observa-se que a temática reflete o exercício de autonomia de vontade da pessoa humana, o que por si só exige múltiplas abordagens. Estudos interdisciplinares e de cunho interseccional mostram-se imperiosos e urgentes, justamente porque como foi abordado neste estudo, o desafio dessa prática impõe um cenário difícil de apurar: a dimensão das consequências da IC e a influência na população brasileira a curto, médio e longo prazos.

20 Cf. Acórdão proferido na Apelação Cível nº 1.0000.22.028850-0/001, Rel. Des. Moacyr Lobato, Câmaras Especializadas Cíveis/21ª Câmara Cível Especializada, julgado em 26/04/2023. Disponível em: <https://encurtador.com.br/jyMRT>. Acesso em: 09 jul. 2023.

21 Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2194968&filename=PL%201902/2022. Acesso em: 09 jul. 2023.

Como apresentado neste estudo, a temática tem sido apreciada por diversos Tribunais de Justiça estaduais brasileiros, com decisões favoráveis ao reconhecimento da dupla maternidade em virtude da socioafetividade, muito embora, o ordenamento jurídico careça de mudança e implementação legislativa quanto ao assunto.

Aos Direitos Humanos, cujo enfoque dessa investigação permeou a abordagem antidiscriminatória da criança, da mãe socioafetiva ou de qualquer pessoa que busque a IC, mas também a saúde como um direito que necessita ser efetivado. Este estudo buscou também trazer como problema, a vulnerabilidade social e econômica de certos grupos da sociedade brasileira, que estão mais expostos aos riscos de saúde em virtude da ausência do controle das ações que constituem a prática da IC.

Justamente por não gozar de condições econômicas para arcar com tratamento em clínica de reprodução humana particular, há pessoas que estão mais propensas a procurar e fazer uso da prática da IC. Soma-se a isso, a inércia e a falha estatal, que impulsionam essa prática, devido à ausência de dispor de acesso e qualidade das intervenções dos serviços de saúde. O desafio é expressivo, visto que o Sistema Único de Saúde – SUS – é incapaz de atender a demanda e promover políticas públicas adequadas e suficientes.

Nessa direção, importa ressaltar que não basta ao Estado reconhecer e efetivar direitos fundamentais quando provocado, ou seja, a partir de uma judicialização, reconhecer a dupla maternidade ao casal que submeteu a autoinseminação, por exemplo.

Elementar que *o fim do Estado consiste na preservação desses direitos*, individuais e fundamentais da pessoa humana, não cabendo única e exclusivamente a ela se submeter à lei, sendo ele próprio, Estado, igualmente obrigado a garanti-los e preservá-los. Compete, pois, à sociedade observar e compreender a convivência dos cidadãos e sua expressão a partir das redes sociais. Buscar uma nova ressignificação da maternidade, abordar a infertilidade e suas causas torna-se imperioso na contemporaneidade.

TITLE: Critical analysis on the practice of home insemination in Brazil

ABSTRACT: The article deals with the growing practice of home insemination in Brazil and its legal implications, analyzing it within the context of reproductive rights. From the perspective of gender and new family dynamics, it is questioned the role of the State in this practice, especially in the absence of adequate public policies and the socioeconomic vulnerability of people who seek it. The phenomenon of home insemination reflects the transformations in family relations and the search for alternatives to traditional medicine of assisted human reproduction, which is generally inaccessible to the population due to the lack of sufficient public policies. The methodology used was deductive, based on documentary, doctrinal, and jurisprudential collection that intended to confirm that the practice of home insemination fosters legal

debates. The results obtained from Special Appeal no 2.137.415 of the Superior Court of Justice indicate silence regarding the health risks involved, despite commitments of Brazil with international documents. The study concludes that home insemination evidences the lack of access to public health services and the desire to carry out the parenting project, either to achieve motherhood or to procreate, by highlighting the gap in public policies to support assisted human reproduction. From this perspective, the obligation signed by Brazil to implement and ensure public policies appropriate to access universal health services and exercise of reproductive rights of the Brazilian population is fragile. These challenges are guided by SDG 3 of the 2030 Agenda of the United Nations.

KEYWORDS: Home insemination. Reproductive rights. Intersectionality. Anti-discrimination. Human rights.

Referências

- AITH, Fernando M. A. *Direito à saúde e democracia sanitária*. São Paulo: Quartier Latin, 2017.
- ARAUJO, Ana Thereza Meireles. Projetos parentais por meio de inseminações caseiras: uma análise bioético-jurídica. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 24, p. 101-119, abr./jun. 2020. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/453/365>. Acesso em: 26 jan. 2023.
- BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *SiSEmbrio – Centros de Reprodução Humana Assistida (CRHA) no Brasil*. Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/acessoinformacao/dadosabertos/informacoes-analiticas/sisembrio>. Acesso em: 03 jul. 2023.
- BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *SiSEmbrio – Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões*. Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/acessoinformacao/dadosabertos/informacoes-analiticas/sisembrio>. Acesso em: 12 nov. 2024.
- BRASIL. CFM. *Resolução nº 2.320/2022*. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2022/2320>. Acesso em: 20 jan. 2023.
- BRASIL. CNJ. *Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoos/protocolo-para-julgamento-com-perspectiva-de-genero/>. Acesso em: 24 jan. 2025.
- BRASIL. CNJ. *Provimento nº 63, de 14/11/2017*. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525>. Acesso em: 26 jan. 2023.
- BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm Acesso em: 26 jan. 2023.
- BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em: 26 jan. 2023.
- BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 26 jan. 2023.
- BRASIL. Controladoria Geral da União. *Empresa Pró Ética: 2022-2023 – Documento orientativo para preenchimento do formulário de conformidade*. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/integridade-privada/avaliacao-e-promocao-da-integridade-privada/empresa-pro-etica/arquivos/2022-2023/documento-orientativo-empresa-pro-etica-2022-2023.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2024.
- BRASIL. FUNDAJ. *Sem mudança na taxa de fecundidade, população pode começar a cair em 2035 no Brasil, explica pesquisador da Fundaj*. 30 jun. 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/fundaj/pt-br/centrais-de-conteudo/noticias-1/sem-mudanca-na-taxa-de-fecundidade-populacao-pode-comecar-a-cair-em-2035-no-brasil-explica-pesquisador-da-fundaj>. Acesso em: 02 jul. 2023.
- BRASIL. IPEA. *Objetivos de desenvolvimento sustentável*. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/ods/ods3.html>. Acesso em: 02 jul. 2023.
- BRASIL. *Lei de biossegurança*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/L11105.htm#art42. Acesso em: 26 jan. 2023.

- BRASIL. *Lei de transplantes*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19434.htm Acesso em: 26 jan. 2023.
- CASTRO, Giovanna; JANSEN, Roberta. Brasileiros não querem mais ter filhos? Por que a população diminuiu? *Estado de São Paulo*. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/brasil/por-que-os-brasileiros-estao-tendo-cada-vez-menos-filhos/>. Acesso em: 02 jul. 2023.
- COLLINS, Patricia H.; BILGE, Sirma. *Interseccionalidade*. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2021.
- CRENSHAW, Kimberle. Demarginalizing the intersection of race and sex: a black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics. *University of Chicago Legal Forum*, v. 1989, n. 1, article 8 (1989). Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1052&context=uclf>. Acesso em: 11 nov. 2024.
- DALLARI, Sueli G. Uma nova disciplina: o direito sanitário. *Rev. Saúde Públ.*, São Paulo, v. 22, n. 4, p. 327-34, 1988.
- DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*, 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- DUGUIT, Léon. *Fundamentos do direito*. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2009.
- ESTADÃO CONTEÚDO. *Inseminação caseira para engravidar: porque cresce no Brasil e quais os riscos*. Exame, 4 ago. 2022. Disponível em: <https://exame.com/ciencia/inseminacao-caseira-para-engravidar-por-que-cresce-no-brasil-e-quais-os-riscos/>. Acesso em: 20 jan. 2023.
- FEIJÓ, Janaína. Mães solo no mercado de trabalho crescem 1,7 milhão em dez anos. *FGV*, 18 maio 2023 Disponível em: <https://portal.fgv.br/artigos/maes-solo-mercado-trabalho-crescem-17-milhao-dez-anos>. Acesso em: 03 jul. 2023.
- FELIPE, Mariana Gonçalves; TAMANINI, Marlene. Inseminação caseira e a construção de projetos lesboparentais no Brasil. *Nanduty*, v. 8, n. 12, 2020. Disponível em: <https://ojs.ufgd.edu.br/index.php/nanduty/article/view/15301>. Acesso em: 20 jan. 2023.
- GOZZO, Débora. “Desbiologização da paternidade”: revisitando a socioafetividade no século XXI. In: GOMES, Elena; MARX NETO, Edgard A.; FÉRES, Marcelo A. *Estudo de direito privado: Liber amicorum para João Baptista Villela*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017. p. 59-83.
- GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. Maternidade de substituição e a lacuna legal: questionamentos. *Civilistica*, v. 5, n. 1, p. 1-21, 2016. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/608>. Acesso em: 10 nov. 2024.
- GOZZO, Débora; NOMURA-SANTIAGO, Maria C. Inseminação caseira: um debate sobre filiação. In: MASCARENHAS, Igor; DADALTO, Luciana (org.). *Direitos reprodutivos e planejamento familiar*. 1. ed. Indaiatuba: Foco, 2023. v. 1. p. 87-100.
- GUNN, David M.; FEWELL, Danna N. *Narrative in the Hebrew Bible*. (The Oxford Bible Series). New York: Oxford University Press, 2009.
- IBDFAM. *Justiça garante registro de dupla maternidade antes do nascimento da criança*. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/10944/Justi%C3%A7a+garante+registro+de+dupla+maternidade+antes+do+nascimento+da+crian%C3%A7a>. Acesso em: 12 jul. 2023.
- LE MOS, Vinicius. Os brasileiros que doam os sêmens para inseminações caseiras. *BBC Brasil*, 29 nov. 2017. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-42145205>. Acesso em: 26 jan. 2023.
- LOUREIRO, Claudia Regina Magalhães. *Introdução ao biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1.0000.22.028850-0/001. Apelantes: J.S.C, P.P.P. Relator Desembargador Moacyr Lobato. Belo Horizonte, 26 de abril de 2023. Disponível em: <https://encurtador.com.br/jyMRT>. Acesso em: 09 jul. 2023.
- NAÇÕES UNIDAS BRASIL. *Objetivos de desenvolvimento sustentável*. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em: 10 nov. 2024.
- NAÇÕES UNIDAS BRASIL. UNFPA Brasil. *Fecundidade e dinâmica na população brasileira*. Out. 2018. Disponível em: https://brasil.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/swop_brasil_web.pdf. Acesso em: 02 jul. 2023.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. UNFPA Brasil. *Relatório da Conferência Internacional sobre a População e Desenvolvimento*. Plataforma de Cairo, 1994. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>. Acesso em: 02 jul. 2023.

PAIANO, Daniela Braga. Reprodução assistida: autoinseminação e suas implicações jurídicas e as alterações trazidas pela Resolução nº 2.294/2021 do Conselho Federal de Medicina. *Civilista.com*, ano 11, n. 1. 2022. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/732>. Acesso em: 20 jan. 2023.

REVISTA CRESCER. Homem trans engravida depois de injetar testosterona por nove anos e compartilha sua jornada no Tik Tok. *Crescer online*, 19 jan. Disponível em: <https://revistacrescer.globo.com/maes-e-pais/comportamento/noticia/2023/01/homem-trans-engravida-depois-de-injetar-testosterona-por-nove-anos-cf-compartilha-sua-jornada-no-tik-tok.ghtml>. Acesso em: 02 jul. 2023.

ROCHA, Renata da. *Fundamentos do biodireito*. Salvador: Juspodivm, 2018.

SILVA, Daniel José; SANTANA, Bárbara Pessoa de; SANTOS, Aarin Leal. Infertilidade: um problema de saúde pública. *Uninga Journal*, v. 58, eUJ3044, 19 jan. 2021. Disponível em: <https://revista.uninga.br/uninga/article/download/3044/2375/12313>. Acesso em: 26 jan. 2023.

SOUZA, Ludmilla. SUS pode ser esperança para mulheres que sonham ser mães: no país, dez centros de reprodução assistida atendem na rede pública. *Agência Brasil*, 14 maio 2023. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2023-05/sus-pode-ser-esperanca-para-mulheres-que-sonham-ser-maes>. Acesso em: 12 nov. 2024.

UNITED NATIONS. *Goal 3: ensure healthy lives and promote well-being for all at all ages*. Disponível em: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/health/>. Acesso em: 09 ago. 2023.

UNITED NATIONS. *The sustainable development agenda*. Sustainable development goals. Disponível em: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/development-agenda/>. Acesso em: 09 ago. 2023.

UNITED NATIONS. *World population prospects: the 2017 revision*. Disponível em: https://population.un.org/wpp/Publications/Files/WPP2017_KeyFindings.pdf. Acesso em: 02 jul. 2023.

VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. [Separata]. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1980, p. 401-419.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Constitution: WHO remains firmly committed to the principles set out in the preamble to the Constitution*. Disponível em: <https://www.who.int/about/governance/constitution>. Acesso em: 10 nov. 2024.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Infertility: key facts*. 03 abr. 2023. Disponível em: <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/infertility>. Acesso em: 11 jul. 2023.

Recebido em: 12.01.2025

Aprovado em: 11.02.2025

O Reconhecimento da Filiação Socioafetiva à Luz dos Direitos Humanos: um Subterfúgio para a Legalização da Adoção à Brasileira?

MICHELLE LUCAS CARDOSO BALBINO

Professora Universitária. Coordenadora de Curso de Direito. Advogada. Doutora em Direito pela Uniceub. Mestra em Sustentabilidade Socioeconômico e Ambiental pela Escola de Minas pela Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP). Especialista em Direito, Impacto e Recuperação Ambiental pela Escola de Minas pela Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP). Pós-Graduada em Gestão Pública Municipal pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Pós-Graduada em Direito Público pela Sociedade Universitária Gama Filho. Tem experiência na área de Gestão Educacional; Direito Ambiental/Sustentabilidade e Multinacionais. E-mail: michelle.cardoso@faculdadepatosdeminas.edu.br.

CARLA ALINY PERES DIAS

Professora Universitária na Faculdade Cidade de João Pinheiro FCJP e Faculdade de Patos de Minas – FPM. Mestra em Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna – UIT (2018), Graduada em Direito em 2010. Advogada atuante desde 2011. E-mail: carla.dias@faculdadepatosdeminas.edu.br.

RAYSLLA CRYSTINNE GODINHO GONÇALVES

Acadêmica do 8º período no Curso de Direito na Faculdade de Patos de Minas (FPM). E-mail: rayslla.23606@alunofpm.com.br.

RESUMO: O conflito existente entre a vedação da adoção à brasileira e o reconhecimento da filiação socioafetiva é um tema pertinente no ordenamento jurídico brasileiro. O reconhecimento da filiação socioafetiva concedido após a prática da adoção ilegal pode vir a se tornar um meio de permissão/descharacterização do crime de adoção à brasileira, tornando evidente as lacunas no sistema jurídico brasileiro e os desafios na proteção aos direitos do adotado. O presente trabalho tem como objetivo investigar os efeitos legais da adoção à brasileira, suas consequências e o posicionamento dos tribunais sobre o tema. Para tanto, efetuou-se uma pesquisa de modalidade teórica normativo-jurídica, do tipo exploratória, com abordagem qualitativa, utilizando fontes primárias e secundárias. Aplicou-se o método indutivo e dedutivo, analisando dados através da Teoria de Análise de Conteúdo da Laurence Bardin. Na primeira parte

deste trabalho, constatou-se a adoção à brasileira como obstáculo à garantia dos direitos do adotado e como isso lhes impacta. Na segunda parte, analisou-se o reconhecimento da filiação socioafetiva como um instituto novo munido de velhas práticas. Já na terceira parte, apurou-se a legalização da adoção à brasileira como subterfúgio na efetivação do reconhecimento da filiação socioafetiva. Por fim, averiguou-se necessário a atribuição de requisitos obrigatórios para o reconhecimento da filiação socioafetiva como forma de superar irregularidades para a adoção à brasileira. Portanto, necessita-se de uma reforma legislativa para sanar a incongruência entre esses institutos, resguardando direitos e garantias. Assim, o crime de adoção à brasileira deve ser regulamentado de forma mais rigorosa, sem deixar margem para interpretações judiciais. O reconhecimento da filiação socioafetiva também não deve ficar à mercê dessa interpretação, sendo necessária a instituição de requisitos na sua concessão para que não continue resultando em um subterfúgio para a prática do crime.

PALAVRAS-CHAVE: Adoção. Adoção à brasileira. Filiação socioafetiva. Reconhecimento afetivo.

SUMÁRIO: Introdução. 1. A adoção à brasileira: uma prática ilegal com impactos na garantia de direitos dos adotados; 1.1. Da existência de incentivos externos para a prática ilegal da adoção à brasileira; 1.1.1. A facilitação no registro de nascimento da criança perante os cartórios representa um estímulo na adoção à brasileira; 1.1.2. A adoção à brasileira incentivada pelo grande número de pretendentes em relação à proporção de crianças disponíveis; 1.1.3. O mero vínculo socioafetivo como meio suficiente para o afastamento das consequências penais da adoção à brasileira; 1.2. A adoção à brasileira como um obstáculo à garantia dos direitos do adotado; 1.2.1. Direito à verdade biológica como uma garantia estabelecida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA); 1.2.2. Ambiente adequado para a criança ou adolescente como uma prioridade para o adotado; 1.2.3. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente frente aos direitos do adotado. 2. O reconhecimento da filiação socioafetiva no ordenamento jurídico brasileiro: um instituto novo munido de velhas práticas; 2.1. O direito humano à paternidade/maternidade como fundamento para o reconhecimento da filiação socioafetiva; 2.2. A preponderância do afeto como aspecto favorável para o reconhecimento da filiação socioafetiva. 3. A legalização da adoção à brasileira: os subterfúgios jurídicos presentes na efetivação do reconhecimento da filiação socioafetiva. 4. A necessária atribuição de requisitos obrigatórios para os procedimentos de reconhecimento da filiação socioafetiva: a superação das irregularidades para a adoção à brasileira. Conclusão. Referências.

Introdução

A definição de novos modelos de família representa uma inovação trazida pelo Código Civil no ano de 2002 (Brasil, 2002 – art. 1.593). Passados mais de 20 anos do início da vigência da norma civilista, o judiciário já aplica de forma pacífica vários desses modelos. A título de exemplo vale registrar o caso de pensão alimentícia para animais de estimação, conceituando a família multiespécie, na qual os alimentos são devidos ao cônjuge/companheiro que

mantiver a guarda do *pet* (Minas Gerais, 2022). Dentre os modelos existentes, pode-se listar a família multiparental e/ou socioafetiva, possibilitando legalmente o reconhecimento da filiação socioafetiva no Brasil.

O reconhecimento da filiação socioafetiva visa validar os laços emocionais estabelecidos entre a criança e seus pais adotivos, não dependendo de qualquer vínculo biológico existente (Ministério Público do Paraná, 2024). O reconhecimento voluntário socioafetivo é irrevogável, devendo haver o inequívoco interesse daquele que age como se genitor fosse, em ser juridicamente instituído como tal (Minas Gerais, 2023). Contudo, atualmente, existem recorrentes casos de utilização desse instituto como forma de consolidar uma prática antiga realizada no Brasil: a adoção à brasileira.

A adoção à brasileira representa uma prática ilegal no sistema jurídico brasileiro, na qual a criança é registrada por terceiros como se sua fosse, sem qualquer cautela imposta judicialmente para assegurar os interesses do menor (Brasil, 2007b). Dessa forma, ocorre o crime contra o Estado de Filiação estabelecido pelo art. 242 do Código Penal, podendo haver penalização com reclusão de dois a seis anos ou, se praticado por motivo de nobreza reconhecido, com detenção de um a dois anos, podendo, nesse último caso, deixar de ser aplicada a pena a critério do juiz (Brasil, 1940 – art. 242).

Assim, após a validação desse reconhecimento foi gerada uma contradição entre normas, na qual se deu início a um conflito com adoção à brasileira. Essa contradição normativa se dá pelo reconhecimento da filiação socioafetiva ser concedido após a prática da adoção ilegal, podendo vir a se tornar um meio de permissão, ou descaracterização, do crime de adoção à brasileira. Exemplo dessa prática está a recente notícia de um casal homoafetivo em Goiânia que, após nove anos criando uma criança desde o nascimento com a prática da adoção à brasileira, conseguiu adotá-la legalmente mesmo depois de reconhecida a ilegalidade do ato anteriormente praticado, levando como fundamentação para tal decisão o melhor interesse da criança (Anuniação, 2024).

Diante do exposto, torna-se evidente as lacunas presentes no sistema jurídico brasileiro, o que define os desafios presentes na proteção às garantias dos direitos do adotado. Afinal, é possível identificar algumas causas contidas nela, como as falhas presentes no sistema de adoção e a necessidade de reformas legislativas. Para mais, o tema ainda permite analisar os desafios e consequências enfrentados pelas crianças, pelos pais adotivos e até mesmo os pais biológicos.

À luz dos fatos apresentados anteriormente, a presente pesquisa se propôs a problematizar: existe incoerência na proibição da adoção à brasileira

diante do aceite da filiação socioafetiva? Hipoteticamente, estima-se que a futura pesquisa comprove que a filiação socioafetiva é uma forma de permitir a adoção à brasileira, desde que reconhecido o motivo de nobreza da prática, que veio através da construção jurisprudencial dos tribunais brasileiros, portanto, gera a incoerência citada na problemática.

Por conseguinte, a pesquisa tem como objetivo geral investigar os efeitos legais da adoção à brasileira e as consequências geradas no adotante/adotado em relação à norma vigente, bem como o posicionamento dos tribunais na apreciação do tema. E, como objetivos específicos, identificar possíveis incentivos para a prática de adoção à brasileira; evidenciar os impactos gerados pela adoção à brasileira nos direitos do adotado ilegalmente; verificar quais são os requisitos e fundamentos do reconhecimento da filiação socioafetiva; e demonstrar que o reconhecimento da filiação socioafetiva pode ser uma forma de consolidar a permissão da adoção à brasileira.

A presente pesquisa justifica-se pela necessidade em discutir como o posicionamento jurisprudencial no Brasil impacta, em meios diversos, no processo de validação de institutos proibidos normativamente. Outrossim, o estudo contribuirá para a compreensão de como os posicionamentos legislativos e também jurisprudenciais afetam as relações familiares e sociais, destacando as inconsistências existentes no ordenamento jurídico brasileiro na proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes. Ao abordar a problemática apresentada, a pesquisa contribuirá para o desenvolvimento de políticas públicas mais inclusivas e sensíveis às realidades das famílias brasileiras, e para uma reforma legislativa que promova uma abordagem mais coerente e eficaz na proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes.

Metodologicamente, o presente trabalho trata-se de uma pesquisa da modalidade teórica normativo-jurídica, do tipo exploratória, com abordagem qualitativa, utilizando-se as fontes primárias e secundárias. Quanto ao método, foi utilizado tanto o indutivo quanto o dedutivo e para o procedimento de análise de dados foi utilizada a Teoria de Análise de Conteúdo da Laurence Bardin. A valorização desse tipo de pesquisa é devido à intenção de oferecer maior concretude às argumentações, por mais frágil que possa ser a base fatural (Demo, 1994). O significado dos dados empíricos depende do referencial teórico, mas esses dados agregam impacto pertinente, sobretudo, no sentido de facilitarem a aproximação prática (Demo, 1987). A escolha por essa modalidade de pesquisa busca organizar o processo de análise dos institutos da filiação socioafetiva e da adoção à brasileira tanto no aspecto normativo como na jurisprudência nacional.

Quanto ao tipo de pesquisa, foi utilizada a pesquisa do tipo exploratória. A pesquisa exploratória representa a base para que a argumentação jurídica se estabeleça e estructure teses jurídicas convincentes, sendo definida como um processo de análise de todas as informações disponíveis e acessíveis (Bittar, 2017), compreendendo de forma mais clara e objetiva como se caracteriza a adoção à brasileira e o posterior reconhecimento da filiação socioafetiva.

A respeito da abordagem foi estabelecida a pesquisa qualitativa. Essa abordagem é caracterizada por sua investigação voltada para os fatores qualitativos (Marconi, 2007), nos quais o pesquisador vai a campo buscando captar o fenômeno em estudo a partir da perspectiva das pessoas nele envolvidas, considerando todos os pontos de vista relevantes (Godoy, 1995). Utiliza-se esse método para uma melhor compreensão dos fatores que influenciam externamente as pessoas a praticarem a adoção à brasileira.

Utilizou-se de fontes de pesquisa primárias e secundárias. As fontes primárias são aquelas utilizadas em primeira mão. Entende-se que esse tipo de fonte envolve todos os tipos de matérias que servem como fonte de informação para a pesquisa, podendo esses ser encontrados em arquivos públicos e privados (Lakatos, 1992). Já a fonte secundária “trata-se de um levantamento de toda a bibliografia já publicada, sua finalidade é colocar o pesquisador em contato direto com tudo aquilo que foi escrito sobre determinado assunto com o objetivo de permitir ao cientista o reforço paralelo na análise de suas pesquisas” (Lakatos, 1992). As duas se fazem necessárias por se complementarem naturalmente, enquanto a fonte primária traz o instituto proibitivo da adoção à brasileira e a implementação da nova modalidade de família no ordenamento jurídico brasileiro, a fonte secundária mostra as perspectivas dos autores acerca do tema para o estudo.

Quanto aos métodos de pesquisa, existe uma tendência na utilização do método dedutivo-indutivo, com a finalidade de obter conclusões analisando como os tribunais estão se manifestando em relação à ocorrência da adoção à brasileira, e investigar se o reconhecimento da filiação socioafetiva seria uma forma de permitir a adoção à brasileira. O método dedutivo parte de uma proposição abrangente para se chegar a uma proposição específica, enquanto o indutivo parte da análise de diversos casos particulares observáveis para chegar a uma premissa geral (Vieira, 2010). Esse método contribui para a construção da pesquisa jurídica, desenvolvendo, intuitivamente, um quadro de como os tribunais brasileiros se posicionam acerca do tema, quais os efeitos da adoção à brasileira e quais as suas consequências frente ao adotante e adotado, através da análise dos casos presentes nos julgados analisados.

Por fim, para a análise dos dados utilizou-se a Teoria de Bardin (Bardin, 2011), normalmente, envolve a leitura “flutuante”, ou seja, um primeiro contato com os documentos que serão submetidos à análise, a escolha deles, a formulação das hipóteses e objetivos, a elaboração dos indicadores que orientarão a interpretação e a preparação formal do material. Essa análise de dados é fundamental para compreender o surgimento do embate entre a exclusão da adoção à brasileira frente à legalização no reconhecimento da filiação socioafetiva no ordenamento jurídico brasileiro.

Portanto, a incongruência das normas jurídicas atuais na conciliação da adoção à brasileira com o reconhecimento socioafetivo revela a necessidade de uma revisão legislativa e judicial que harmonize esses dois institutos. Referida necessidade está pautada na adoção à brasileira como uma prática ilegal com impactos na garantia de direitos dos adotados (2), do mesmo modo que o reconhecimento da filiação socioafetiva no ordenamento jurídico brasileiro é um instituto novo munido de velhas práticas (3) e, ainda, nos subterfúgios jurídicos presentes na efetivação do reconhecimento da filiação socioafetiva perante a legalização da adoção à brasileira (4), de maneira que se faz necessária a atribuição de requisitos obrigatórios para os procedimentos de reconhecimento da filiação socioafetiva (5).

1. A adoção à brasileira: uma prática ilegal com impactos na garantia de direitos dos adotados

A adoção à brasileira, por ser uma prática ilegal, não possui nenhum amparo legislativo, e fere diretamente a garantia dos direitos dos adotados. Afinal, os impactos negativos a essa garantia existem devido à existência de alguns incentivos externos (2.1) e, ainda, confirmam a visão de que a adoção à brasileira é um grande obstáculo à garantia dos direitos do adotado. (2.2).

1.1. Da existência de incentivos externos para a prática ilegal da adoção à brasileira

Existem vários incentivos externos que influenciam a prática ilegal da adoção à brasileira, sendo de suma importância compreendê-los. No que tange a esses incentivos, podem-se incluir a facilitação por parte dos cartórios no registro de nascimento da criança (1.1.1), o grande número de pretendentes em relação à proporção de crianças disponíveis no sistema de adoção (1.1.2), e, ainda, o mero vínculo socioafetivo como meio suficiente para o afastamento das consequências penais da adoção à brasileira (1.1.3).

1.1.1. A facilitação no registro de nascimento da criança perante os cartórios representa um estímulo na adoção à brasileira

A simplificação de processos burocráticos visa garantir melhor eficiência e maior agilidade no registro civil de crianças, porém em determinados procedimentos pode-se incentivar práticas perigosas e inadequadas. Assim, ao se analisar o procedimento necessário para o registro de nascimento de crianças, nota-se a ausência de um procedimento mais sério e rigoroso por parte dos cartórios, tornando mais fácil e possível que este seja burlado por indivíduos que buscam contornar o sistema formal de adoção, representando um grande estímulo para a prática do crime de adoção à brasileira.

Para isso, deve-se entender primeiro como é feito o registro de nascimento das crianças. O registro pode ser feito pelo pai ou a mãe no Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais, portando, apenas os seguintes documentos definidos pela Lei de Registros Públicos (Brasil, 1973): Declaração de Nascido Vivo (DN), fornecida pelo hospital ou maternidade; documento de identificação com foto dos pais; e certidão de casamento; declaração de união estável ou uma autorização do pai, com firma reconhecida, permitindo que o registro do filho seja feito com seu nome, quando ele é feito por mãe solteira (Ministério Público do Rio de Janeiro, 2024).

Adentrando na prática de adoção à brasileira, os supostos pais podem alegar que o parto da criança foi feito em local diverso do hospital ou maternidade sem a devida assistência médica, como em casa por uma parteira, por exemplo. Dessa forma, o cartório orienta os pais a realizarem uma declaração contendo o nome do responsável pelo parto mais duas testemunhas adultas, que após devidamente reconhecida firma das assinaturas, qualquer pessoa pode registrar facilmente o nascimento do bebê como sendo seu filho biológico sem qualquer impedimento (Paz; Teixeira, 2018).

Outra forma de se obter facilmente o registro da criança consiste na perda do prazo legal para registro de nascimento, sendo esse de 15 dias, que poderá ser ampliado em até três meses se residirem em local a mais de trinta quilômetros do Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais. Assim, ao registrarem tardiamente a criança, não necessitam apresentar declaração de Nascido Vivo, somente de duas testemunhas adultas para validarem o registro de nascimento, como estabelece o art. 54, inciso X, da Lei de Registros Públicos (Brasil, 1973 – art. 54). Logo, qualquer pessoa também poderá registrar como se seu filho fosse biologicamente.

Salienta-se que nem todas as adoções ilegais serão feitas apenas pelo desejo genuíno de formar sua família com a presença de um filho. Deve-se atentar

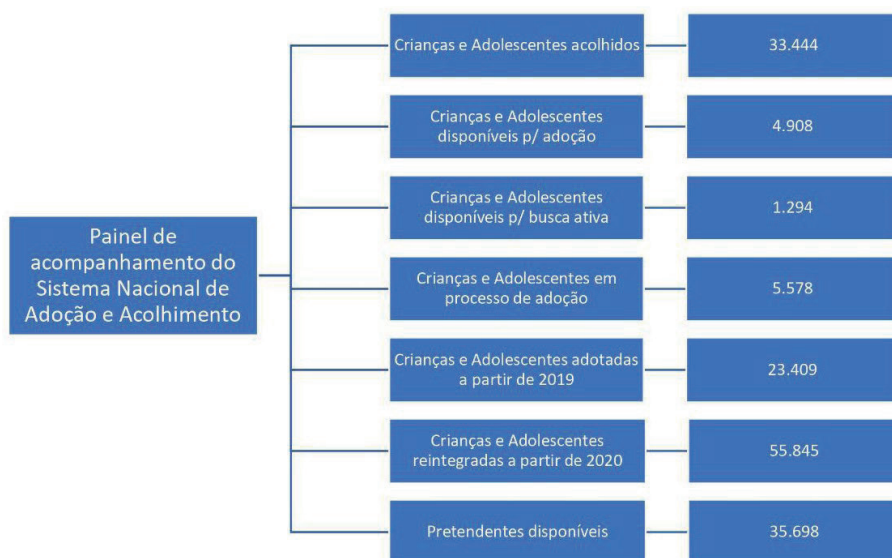
para as organizações criminosas, como de exploração de menores e tráfico de pessoas, pois com essa facilidade presente no registro de nascimento, não há dificuldades para a venda dessas crianças a outros, levando em consideração que os pais biológicos que as deram ou venderam, em sua grande maioria, não irão atrás delas para saberem da sua situação de vida (Bicudo, 2023).

Portanto, é crucial que se tenha um procedimento mais rigoroso e seguro no registro de nascimento das crianças, pois assim, garante-se que este não seja um ponto vulnerável para a seguridade da garantia dos direitos das crianças. O que deixará de considerar a facilitação por parte dos cartórios no registro de nascimento da criança como um incentivo externo para a adoção à brasileira. Outro incentivo que deve ser analisado é a disparidade entre o número de pretendentes e a proporção de crianças disponíveis, é o que se passa a analisar.

1.1.2. A adoção à brasileira incentivada pelo grande número de pretendentes em relação à proporção de crianças disponíveis

É de suma importância que ao referir a adoção legal, observem-se os dados referentes a ela, sendo encontrados no Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento disponibilizado pelo Conselho Nacional de Justiça. Em uma análise minuciosa do organograma abaixo, é possível observar uma discrepância enorme entre as crianças disponíveis para adoção e os pretendentes que querem adotá-las:

Figura 01: Painel de acompanhamento do Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento



Com a análise, gera dúvida acerca da morosidade do processo frente à grande quantidade de pretendentes que querem adotar. Enfim, são vários fatores que podem levar a essa demora, como, por exemplo, o processo de acompanhamento psicológico, que pode demorar meses ou anos, e, até mesmo, a preferência exacerbada por parte dos pretendentes em escolherem as características e a idade da criança adotada.

Assim, os pretendentes podem passar anos aguardando na fila de adoção, adiando cada vez mais o sonho de ter sua família formada. Levando isso em consideração, podem acabar se tornando suscetíveis à prática ilegal da adoção à brasileira, em que poderiam receber uma criança de seus pais biológicos e registrá-la como se sua fosse, realizando o sonho de ter uma família completa sem terem que passar por toda a burocracia do processo de adoção (Bedin, 2018).

Todavia, registrar um filho que não é seu como se fosse próprio é uma prática ilegal e não deve ser justificada pela alegação de que a adoção informal é mais simples do que iniciar um processo de adoção legal, devendo esse argumento jamais ser aceito. Tal argumento cai por terra pelo simples fato de se utilizar os meios corretos para regulamentar essa situação, como procurar as varas da infância sob o argumento de já possuírem uma relação de amor e afeto com a criança, uma relação socioafetiva (Assis, 2014).

Dessa maneira, conclui-se que a morosidade do processo de adoção pode contribuir grandemente para a prática ilegal da adoção à brasileira, pois afeta significativamente muitas crianças e famílias que estão na fila de espera para adoção. Não obstante, mais um incentivo a ser discutido, é o afastamento das consequências penais da adoção à brasileira com o simples estabelecimento do vínculo socioafetivo, é o que se passa a discutir.

1.1.3. O mero vínculo socioafetivo como meio suficiente para o afastamento das consequências penais da adoção à brasileira

A adoção à brasileira, como já explicado anteriormente, é um crime contra o estado de filiação e punível em esfera penal. Contudo, com as inovações legislativas brasileiras, o vínculo socioafetivo, se caracterizado, é suficiente para afastar suas consequências, pois através dele é possível alcançar o perdão judicial para quem pratica a conduta ilícita, extinguindo a punibilidade do crime cometido.

Para falar mais sobre, é essencial a observância da jurisprudência para que se possa entender como alguns dos tribunais brasileiros se portam em relação ao afastamento das consequências penais da adoção à brasileira diante do aceite

da filiação socioafetiva. Em Apelação Cível nº 0026943.68.2017.8.09.0087 no Tribunal de Justiça do Goiás, o relator entende que, de acordo com outras decisões jurisprudenciais por ele observadas, caso tenha sido o registro de nascimento da criança acometido pela adoção à brasileira, o vínculo socioafetivo pode ser suficiente para dispensar a rigidez dos procedimentos formais de registro, e, ainda, que não se pode desconsiderar que a adoção praticada ilegalmente não tenha efeitos significativos na vida do adotado (Goiás, 2019).

No que diz respeito à anulação de registro de nascimento na prática da adoção à brasileira, o relator da Apelação Cível nº 1.0056.04.072366-2/001 do Tribunal de Justiça de Minas Gerais diz que a pessoa que reconhece um filho não biológico como seu, sendo declarada sua vontade de maneira livre e espontânea, esta é inquestionável, desde que não haja evidências de que o ato seja viciado. Portanto, não é possível anular a “adoção informal” que ocorreu (Minas Gerais, 2009).

Ainda no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a Apelação Cível nº 1.0672.00.029573-9/001 traz que embora a adoção à brasileira seja uma prática ilegal, ela tem sido aceita pela sociedade devido à prioridade que se dá ao vínculo socioafetivo em relação ao biológico e ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, de forma que o registro civil da criança deve ser preservado, mesmo que não reflita a realidade biológica, se isso for mais benéfico para ela (Brasil, 2007a).

Diante da jurisprudência apresentada, nota-se que a paternidade e/ou maternidade socioafetiva valida o estado de filho e a prática conhecida como adoção à brasileira, tratando-se esse conceito de uma construção jurisprudencial, a qual influenciou o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) a criação do Provimento nº 63/2017 (Rio Grande do Sul, 2020). Assim, não há punições para quem pratica a adoção à brasileira se devidamente reconhecido o vínculo socioafetivo entre a criança e os pais adotivos, bem como se reconhecido motivo de nobreza como definido no parágrafo único do art. 242 do Código Penal (Brasil, 1940 – art. 242).

Logo, o afastamento das consequências penais através do vínculo afetivo pode vir a ser um grande incentivo para aquelas pessoas que querem adotar ilegalmente, visto que traz a sensação de impunidade para o agente que pratica a adoção à brasileira. Tal questão acarreta dificuldades no cumprimento da garantia dos direitos da criança adotada, tornando-se a adoção à brasileira vista como um grande obstáculo a essa garantia, é o que se passa a estudar no próximo tópico.

1.2. A adoção à brasileira como um obstáculo à garantia dos direitos do adotado

A adoção à brasileira é um grande obstáculo no que diz respeito à garantia dos direitos do adotado ilegalmente, visto que são ignorados os procedimentos e normas legais estabelecidos, comprometendo seriamente a proteção e segurança das crianças devido à falta de fiscalização do estrito cumprimento desses direitos. Destacam-se entre esses direitos: o direito à verdade biológica para todos os adotados estabelecido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (1.2.1), a prioridade de um ambiente adequado para o crescimento saudável da criança ou adolescente adotada (1.2.2), e, ainda, o princípio do melhor interesse frente a todos esses direitos (1.2.3).

1.2.1. Direito à verdade biológica como uma garantia estabelecida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)

Uma das principais garantias oferecidas ao adotado é o direito de descobrir suas origens biológicas. O art. 48 do ECA determina que ao atingir a maioridade de 18 anos, o adotado poderá acessar integralmente todos os documentos e informações relacionados ao seu processo de adoção sem quaisquer restrições. Ainda, é estabelecido pelo parágrafo único do mesmo artigo que mesmo que o adotado não tenha 18 anos completos, ele poderá pedir acesso ao processo de adoção, garantindo a ele devida orientação e apoio jurídico e psicológico para entender e lidar com essa informação de maneira adequada (Brasil, 1990a – art. 48).

Além do ECA, a garantia do direito de conhecer sua família biológica também é prevista na Convenção sobre os Direitos da Criança, sendo essa a norma internacional que serviu de base para a criação do ECA, visando proteger e promover os direitos das crianças e adolescentes no Brasil. Em seu art. 7º, ela estabelece que a criança deve ser registrada de imediato e garantido seus direitos básicos desde o nascimento e se possível o contato com os pais biológicos e seu cuidado. Já no art. 8º, assegura que todos os países signatários devem respeitar e proteger o direito da criança de manter sua identidade pessoal incluindo as suas relações familiares, além de que se uma criança for privada ilegalmente desses elementos os países signatários devem oferecer ajuda e proteção para restaurá-los rapidamente (Brasil, 1990b – arts. 7º e 8º).

De igual modo, esse direito também se encontra na jurisprudência dos tribunais brasileiros. A Apelação Cível nº 1.0000.24.184573-4/001 traz que o direito de conhecer sua ancestralidade e origem genética é fundamental para

a identidade do indivíduo, caracterizando-se por ser um direito personalíssimo, que não poderá ser renunciado ou prescrito, ressaltando a necessidade psicológica de descobrir a sua verdade biológica (Minas Gerais, 2024c).

Com a adoção à brasileira, muitas vezes a criança ou o adolescente não tem conhecimento de sua condição de adotado, perdendo a chance de conhecer sua história e suas raízes. Isso acontece porque os pais adotivos podem manter essa informação em sigilo, temendo que ao tornar a adoção pública corram o risco de ter seus filhos retirados de si. Em contrapartida, caso os pais biológicos conseguirem melhorar suas condições de vida e tiverem o desejo de recuperar a criança, os pais adotivos não terão respaldo legal para assegurar sua posição como pais da criança devido à falta de cumprimento dos procedimentos legais da adoção (Assis, 2014).

Dessa forma, isso resultará em desinformação e insegurança, contrariando a garantia à verdade biológica assegurada pelo ECA e a Convenção sobre os Direitos da Criança, bem como a transparência que deve ser exigida nos processos legais de adoção. Além do mais, outra garantia aos direitos do adotado que deve ser observada, é o ambiente familiar propício para o desenvolvimento da criança ou adolescente, é o que se passa a verificar.

1.2.2. Ambiente adequado para a criança ou adolescente como uma prioridade para o adotado

Dentro da garantia dos direitos do adotado, está inserido o ambiente adequado, no qual se observará se a nova família é bem estruturada e possui como base o afeto e amor, para que a criança e/ou adolescente cresça em um ambiente devidamente saudável. Além disso, é previsto em lei, mais precisamente no ECA em seus arts. 19, 29 e 43, que esse ambiente adequado é necessário para o desenvolvimento da criança e do adolescente e que caso não seja cumprido esse requisito não será efetivada a adoção, pois somente é feita se fundada em vantagens para o adotado (Brasil, 1990a – arts. 19, 29 e 43).

Ademais, há jurisprudência que consolida o pensamento de que caso não haja o ambiente adequado, pode ser necessária a destituição do poder familiar ou o indeferimento da adoção, conforme o caso a ser analisado. A Apelação Cível nº 1.0024.15.134851-3/001 relata que se os profissionais especializados aconselharem que um casal não seja cadastrado como adotantes devido a conflitos com a família extensa e à falta de conhecimento sobre os cuidados que envolvem a chegada de um filho, ou seja, não possuem um ambiente adequado para a criança da criança, este deve ser negado (Minas Gerais, 2017).

No mesmo viés, o Agravo de Instrumento nº 1.0479.07.123700-8/001 destaca que, no caso em tela, após a análise de relatórios social e psicológico, apoiados por depoimentos, ficou evidente que a solicitante da adoção e atual guardiã da criança não consegue proporcionar um ambiente adequado para seu desenvolvimento e não tem disponibilidade para cuidar dela, o que justifica a revogação da guarda.

Logo, a prioridade é assegurar que a adoção seja feita com base em princípios que garantam um ambiente positivo e saudável, demonstrando a preocupação existente com a qualidade de vida e desenvolvimento das crianças e adolescentes. Dessa forma, reflete o compromisso com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, é o que se passa a observar.

1.2.3. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente frente aos direitos do adotado

Enfatizado no art. 3º da Convenção sobre os Direitos da Criança, o melhor interesse da criança e do adolescente deve ser prioritariamente levado em conta, sendo garantido pelos Estados que se comprometem a proporcionar à criança a proteção e os cuidados essenciais para seu bem-estar (Brasil, 1990b – art. 3º). Ainda destacado no art. 227 da Constituição da República Federativa do Brasil (Brasil, 1988 – art. 227) e no art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Brasil, 1990a – art. 3º), o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente é um dos pilares fundamentais da adoção no país. Esse princípio assegura a proteção de todos os direitos essenciais da criança e do adolescente com prioridade absoluta, incluindo direitos à dignidade, à saúde, à educação e a um lar afetivo, entre outros.

A jurisprudência dos tribunais brasileiros já está consolidada em relação ao princípio do melhor interesse que deve sempre prevalecer sobre os demais direitos do adotado. A título de exemplo, o Agravo de Instrumento nº 1.0000.24.210481-8/001 reforça que se verificado por meio de parecer técnico que a família natural e a família extensa da criança não demonstram interesse e nem têm condições de cuidar do menor, é necessário autorizar a imediata inscrição do infante no Sistema Nacional de Adoção, visando sempre o melhor interesse da criança para que assim sejam assegurados os seus direitos (Minas Gerais, 2024d).

Ao permitir a prática da adoção à brasileira não há como se observar o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, uma vez que essa adoção ocorre sem seguir os trâmites legais, ou seja, fora da proteção da tutela do Estado sobre o menor adotado ilegalmente. A aplicação rigorosa desse

princípio é essencial para que as crianças e adolescentes tenham seus direitos garantidos. Por outro lado, o reconhecimento da filiação socioafetiva destaca como laços afetivos são igualmente válidos e importantes, permitindo que crianças possam ser reconhecidas em suas novas relações, garantindo-lhes seus direitos, é o que se passa a analisar.

2. O reconhecimento da filiação socioafetiva no ordenamento jurídico brasileiro: um instituto novo munido de velhas práticas

O reconhecimento da filiação socioafetiva no ordenamento jurídico brasileiro representa uma importante evolução nas relações familiares, refletindo a realidade da sociedade atual. Embora seja um instituto recente, ele é fruto de práticas sociais que sempre existiram, que agora são reconhecidas por uma norma que visa proteger os direitos de todos os envolvidos. Dentre esses direitos, destaca-se o direito humano à paternidade/maternidade como base para o reconhecimento da filiação socioafetiva (2.1). Ademais, o principal fator que favorece esse reconhecimento é a primazia do afeto (2.2).

2.1. O direito humano à paternidade/maternidade como fundamento para o reconhecimento da filiação socioafetiva

O direito humano à maternidade e paternidade é fundamental para o reconhecimento da filiação socioafetiva, evidenciando a importância do cuidado pelos pais nas vidas das crianças e o direito de crescerem em uma família amorosa e acolhedora, sendo crucial para o seu desenvolvimento.

Esse direito é fundamentado pelo art. 7º da Convenção sobre os Direitos da Criança (CDC), que assegura que todas as crianças têm o direito de conhecerem e serem cuidadas pelos seus pais (Brasil, 1990b – art. 7º). Além disso, a Constituição da República Federativa do Brasil também protege o direito das crianças à maternidade, infância e convivência familiar em seus arts. 6º, *caput*, 201, inciso II, 203, inciso I, e 227, *caput* (Brasil, 1988 – arts. 6º, 201, 203 e 227).

Não obstante, o direito à paternidade e maternidade também se fundamenta na licença-maternidade, que é estabelecida para garantir que a mãe esteja presente para cuidar de seu filho recém-nascido ou adotado durante um período estabelecido em lei, ou seja, a licença é concedida em prol das crianças e não das mães. Vale ressaltar que em julho de 2024 a Comissão de Direitos Humanos (CDH) e Legislação Participativa aprovou o Projeto de Lei nº 3.773/2023, que propõe a ampliação da licença-paternidade de cinco

dias para até 75 dias, além da criação do salário-paternidade (Agência Senado, 2024). Essa criação tem como objetivo também incluir os pais na participação dos meses iniciais da criança, para que ela tenha um desenvolvimento ainda melhor, seja físico, emocional e/ou social.

Portanto, ao garantir o direito da criança à maternidade e paternidade através do reconhecimento da filiação socioafetiva, não se está apenas cumprindo com obrigações impostas legalmente, mas garantindo que a criança tenha acesso a um ambiente saudável e acolhedor. Nesse sentido, a preponderância do afeto se torna um aspecto crucial para a concessão dessa modalidade de filiação, pois nela as relações são baseadas em amor e carinho entre os pais e seus filhos. É o que se passa a analisar.

2.2. A preponderância do afeto como aspecto favorável para o reconhecimento da filiação socioafetiva

A filiação socioafetiva representa uma inovação nas relações familiares, possuindo como elemento essencial para o seu reconhecimento a preponderância do afeto. Essa modalidade de filiação é um conceito que, apesar de não ter uma base legal clara, foi adotado pelos autores e os tribunais brasileiros, valorizando os laços afetivos formados por amor, carinho e responsabilidade. O principal apoio para o reconhecimento da filiação socioafetiva no direito é a proteção da personalidade humana, que considera a filiação uma parte fundamental da identidade de cada pessoa (Brasil, 2021).

Possuindo o afeto como base essencial para as diferentes formas de família, a legislação brasileira reconheceu sua importância ao incluir o princípio da afetividade, sendo este derivado do princípio da dignidade da pessoa humana. A filiação socioafetiva surge quando há carinho e cuidado entre as pessoas e, em contrapartida, o abandono afetivo acontece quando os pais não cumprem suas obrigações emocionais, causando nos filhos sentimentos de tristeza e traumas (Minas Gerais, 2024b).

Diferentemente da adoção, a filiação socioafetiva não resulta de uma manifestação de vontade explícita junto ao judiciário para estabelecer uma relação de filiação com uma criança não biológica. Esse tipo de filiação se desenvolve a partir de vínculos que surgem de maneira espontânea, evoluindo sem a intervenção do Estado, embora, em certos casos, ele possa ser chamado a determinar a existência ou não dessa filiação (Pessoa; Cabral, 2018). Na relação socioafetiva entre pais, mães e filhos, o que importa não é o vínculo genético, nem a necessidade de ter gerado a criança para ser reconhecido como pai ou mãe, mas, sim, o laço afetivo, ou seja, o amor e o carinho que

existem entre o filho e quem desempenha efetivamente a função de pai ou mãe (Baroni; Cabral *et al.*, 2016).

O reconhecimento da filiação socioafetiva, uma vez consolidado, não pode ser revogado. Ainda que não exista um consenso entre os autores e na jurisprudência sobre os elementos que definem a posse de estado de filho, a configuração da filiação socioafetiva é fortemente influenciada pela convivência contínua (Minas Gerais, 2024a). Isso se deve à necessidade de uma intenção clara do indivíduo que atua como genitor em ser juridicamente reconhecido como tal, além da manifestação de comportamentos afetivos entre pais e filhos, tanto no contexto familiar quanto na sociedade (Minas Gerais, 2023).

É fundamental destacar que o reconhecimento da filiação socioafetiva estabelece um vínculo tão sólido quanto qualquer outra forma de filiação, especialmente porque o direito brasileiro não faz mais distinção entre diferentes categorias de filhos, sejam eles biológicos ou adotivos (Pessoa; Cabral, 2018).

Assim, conclui-se que, na contemporaneidade, a visão de que as relações familiares se baseiam apenas em laços biológicos já não se sustenta. Reconhece-se cada vez mais que os laços afetivos são fundamentais na formação das famílias, desempenhando um papel crucial na relação entre pais e filhos. O afeto não apenas fortalece esses vínculos, mas também é o principal fator que contribui para a construção de relações harmoniosas (Bedin, 2018). Todavia, a existência de subterfúgios que possibilitam a adoção à brasileira pode levar a inseguranças jurídicas, evidenciando como essas situações podem dificultar a efetivação de vínculos afetivos reconhecidos. É o que se passa a discutir.

3. A legalização da adoção à brasileira: os subterfúgios jurídicos presentes na efetivação do reconhecimento da filiação socioafetiva

A exclusão da vedação legal da adoção à brasileira representa uma solução já aplicada pelos tribunais no Brasil devido ao reconhecimento da filiação socioafetiva. Essa exclusão torna-se necessária devido ao fato de que o reconhecimento da filiação socioafetiva representaria um meio para a legalização da adoção à brasileira, além de representar a melhor atuação do judiciário na solução dos problemas relativos à adoção no Brasil. Nesse tocante, discute-se o mérito de que o reconhecimento da filiação socioafetiva, que decorre do vínculo socioafetivo, seja uma forma de legalizar a adoção à brasileira.

Ao analisar os julgados, nota-se que, na maioria dos casos, o registro civil da criança não é revogado, permanecendo e consolidando a adoção à brasileira

por meio da filiação socioafetiva. A título de amostragem tem-se a Apelação Cível nº 1.0514.09.044929-9/001, que exemplifica esse entendimento, afirmando que na ausência de erro ou falsidade no registro da filiação, esse não poderá ser revogado, sustentando assim a filiação socioafetiva pela adoção à brasileira (Minas Gerais, 2012).

Ainda, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) explica, através da jurisprudência, que o reconhecimento voluntário de paternidade por alguém que sabe não ser o pai biológico da criança, é chamado de “adoção à brasileira”. Essa prática, embora não siga os procedimentos legais apropriados, é amplamente aceita na sociedade, devido à prioridade da filiação socioafetiva em relação à biológica e ao princípio do melhor interesse da criança. Dessa forma, o registro civil da criança deve ser mantido, mesmo que isso contrarie a realidade biológica, desde que essa escolha seja mais benéfica para a criança (Brasil, 2007a).

No entanto, esse entendimento jurisprudencial pode levar as pessoas a acreditarem que a filiação socioafetiva facilita/permite o crime de adoção à brasileira, assim como discutido no capítulo 1.1.3 deste artigo. Essa facilitação/ permissão, por sua vez, pode desencadear outros crimes já mencionados, como sequestro e tráfico de menores. Um exemplo a ser destacado é o caso ocorrido este ano na cidade de Jaipur, na Índia, onde uma criança de dois anos, que havia sido sequestrada, foi resgatada após 14 meses em cativeiro e se recusou a deixar seu sequestrador (Crescer, 2024). A criança, por ter apenas 11 meses na época do sequestro, provavelmente só teria lembranças de conviver com seu sequestrador, o que pode ter levado a criação de uma certa afeição por ele. Essa conexão entre eles poderia, posteriormente, ser considerada um aspecto essencial da filiação socioafetiva, a qual poderia ser concedida caso fosse observado somente a presença do afeto.

Assim, surge a incoerência entre a proibição da adoção à brasileira e o reconhecimento da filiação socioafetiva, ou seja, após a prática da adoção à brasileira, que é ilegal, a pessoa envolvida pode buscar o reconhecimento da filiação socioafetiva como solução. Esse reconhecimento acaba funcionando como uma forma de legalizar uma situação que era considerada um crime inicialmente, servindo como um subterfúgio para permitir a adoção à brasileira.

Essas manobras dos tribunais brasileiros podem validar relações que precisam de uma análise minuciosa, burlando o processo formal de adoção. Dessa forma, não são verificadas informações importantes, como antecedentes criminais, atestados de sanidade, comprovante de renda e residência, além da adequação dos adotantes, como exige o ECA. Sem esses procedimentos legais, a criança pode ficar desprotegida, correndo riscos à sua integridade e

garantias, ficando à mercê de um pretexto utilizado pelos tribunais para, em tese, legalizar a adoção à brasileira. É importante destacar que essa situação não ocorre em todos os casos no ordenamento jurídico brasileiro, mas, quando esse problema aparece, é essencial uma atenção especial às garantias e à proteção da criança envolvida.

Vale destacar alguns casos na jurisprudência, como a Apelação Cível 1.0514.09.044929-9/001. O Relator explica que a filiação é comprovada pela certidão de nascimento, e ninguém pode contestar o que está registrado, exceto se houver prova de erro ou falsidade. Assim, a paternidade que o réu assumiu no registro não pode ser revogada, e a paternidade socioafetiva é validada pela adoção à brasileira realizada (Minas Gerais, 2012). Também como exemplo, está a Apelação Cível nº 1.0672.00.029573-9/001 julgada pelo STJ, citada anteriormente, determinando que mesmo que a realidade biológica seja diferente, o registro da criança feito sob a adoção à brasileira deverá ser mantido.

Esse subterfúgio realizado pelo Judiciário brasileiro, ao não revogar a adoção à brasileira e, posteriormente, conceder o reconhecimento socioafetivo, conforme os julgados anteriores, poderá acarretar uma aplicação de *abolitio criminis* no cotidiano do tribunal, o que é proibido no ordenamento jurídico brasileiro. Isso acontece porque o crime de adoção à brasileira, em seu parágrafo único, estabelece que se identificado motivo de nobreza, ficará a critério do juiz aplicar ou não a pena. Dessa forma, gera-se a descriminalização da conduta e, ainda, um incentivo para a prática da adoção ilegal, como destacado no capítulo 1.1.3. Até porque a *abolitio criminis*, realizada através da jurisprudência, é proibida no direito penal brasileiro, devendo ocorrer somente quando há nova lei que revogue a definição de crime estabelecida por uma lei anterior, nos moldes do art. 2º do Código Penal (Brasil, 1940 – art. 2º), o que é confirmado em decisões dos tribunais (Brasil, 2010; Minas Gerais, 2024e; Brasil, 2024).

Ademais, a realização dessa atuação pelos Tribunais, cria-se um processo de ativismo judicial, o que também é proibido no direito penal brasileiro. Através dele, o Poder Judiciário se envolve ativamente e de maneira expansiva nas decisões dos outros poderes, como o Legislativo aqui em questão. O Poder Judiciário não pode agir constantemente nas áreas dos outros poderes, pois isso pode violar normas e princípios constitucionais que protegem o Estado Democrático de Direito (Aragão, 2023). Dessa forma, ao utilizarem o reconhecimento da filiação socioafetiva como um subterfúgio para a legalização da adoção à brasileira, cria-se, de maneira camuflada, o ativismo judicial para a descaracterização do referido crime.

Assim, a falta de uma regulamentação específica sobre filiação socioafetiva aumenta a carga de responsabilidades sobre o Judiciário e gera uma insegurança jurídica, pois as decisões podem variar conforme a interpretação de cada um dos juízes. Essa ausência demanda uma reforma legislativa que trate de forma clara e abrangente o conflito entre a filiação socioafetiva e a adoção à brasileira, harmonizando esses dois institutos. Dessa forma, haverá a garantia de direitos e segurança jurídica para todos nas relações familiares baseadas somente no amor e carinho (Perônico, 2023). Perante o exposto, é vital investigar como se dá o processo do reconhecimento da filiação socioafetiva, garantindo que não ocorra sem critérios adequados. Portanto, a definição de requisitos necessários para sua concessão é fundamental para a superação de irregularidades que permitam a adoção à brasileira, sendo o que se passa a analisar.

4. A necessária atribuição de requisitos obrigatórios para os procedimentos de reconhecimento da filiação socioafetiva: a superação das irregularidades para a adoção à brasileira

Destaca-se a necessidade de um rigor legislativo que defina requisitos específicos para o reconhecimento da filiação socioafetiva. Essa demanda é motivada pelo potencial de danos decorrente da atual prática, que ao ser negligente pode abrir brechas para o sequestro e o tráfico de crianças. É fundamental que o sistema jurídico implemente medidas de proteção eficazes, garantindo um processo seguro que resguarde os direitos das crianças e de suas famílias.

O reconhecimento da filiação socioafetiva, conforme mencionado no tópico anterior, enfatiza a importância do amor e do afeto nas relações familiares. Para que essa filiação seja reconhecida, não é necessário um vínculo biológico, mas, sim, a presença de uma convivência contínua que demonstre os laços afetivos presentes e o conhecimento por parte da sociedade dessa relação familiar.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em seu art. 10-A, § 2º, do Provimento nº 63, estabelece que o requerente poderá comprovar a afetividade por diversos meios legais, incluindo: comprovações de responsabilidade escolar, inscrição em plano de saúde ou previdência, registro de residência conjunta, vínculo de casamento ou união estável com o ascendente biológico, inclusão como dependente em associações, fotografias de momentos importantes e declarações de testemunhas com firma reconhecida. Entretanto, o § 3º do mesmo artigo revela que a falta desses documentos não impede o registro,

desde que sua falta seja justificada, e, além disso, o registrador deverá certificar que existem vínculos de afetividade (Brasil, 2019).

Ao analisar os requisitos e procedimentos necessários para o reconhecimento da filiação socioafetiva na jurisprudência, observa-se que o único requisito essencial é a presença da relação de filho e a vontade clara de exercer a paternidade/maternidade. Dessa forma, percebe-se que ele tende a ser realizado de forma superficial, de modo que o juiz apenas considerará se o vínculo alegado atende aos critérios de uma relação socioafetiva pública, contínua e bem estabelecida. Assim, ao final do processo, com a decisão favorável ao reconhecimento da filiação, a Justiça determina a alteração do registro de nascimento do filho, incluindo o nome do pai e/ou da mãe socioafetiva (MPPR, 2024). Isso resulta em uma avaliação que pode não explorar a profundidade e a complexidade das relações familiares envolvidas, bem como as garantias e direitos da criança relacionada.

Como discutido no capítulo 1.2, a adoção à brasileira viola certos direitos da criança adotada, considerando que ocorre fora da supervisão estatal. Ademais, o reconhecimento da filiação socioafetiva também poderá comprometer a garantia de um ambiente adequado (1.2.2) e do melhor interesse da criança (1.2.3) ao não considerar certos aspectos na concessão do reconhecimento, como os que são observados na adoção formal por exemplo.

Dessa forma, torna-se necessário estabelecer requisitos para o reconhecimento da filiação socioafetiva, de maneira semelhante ao que ocorre na adoção legal, uma vez que atualmente esses critérios não são considerados obrigatórios. Dentre esses, podem ser estabelecidos como obrigatórios: comprovante de renda e residência, atestados de sanidade física e mental, certidão negativa de distribuição cível e certidão de antecedentes criminais. Esses documentos garantem a capacidade financeira, a aptidão do indivíduo e a ausência de registros que comprometam sua idoneidade. Além dos possíveis requisitos citados acima, ainda poderá ser incluído o consentimento do reconhecimento por parte dos genitores biológicos, quando aplicável.

Desse modo, evitaria a criação de possíveis brechas que pudessem facilitar crimes como sequestro e tráfico de menores, dado que o processo de concessão da filiação socioafetiva teria requisitos essenciais focados na proteção das crianças e adolescentes.

Conclusão

O presente trabalho teve o objetivo de investigar os efeitos legais da adoção à brasileira e as consequências geradas no adotante/adotado em relação

à norma vigente, bem como o posicionamento dos tribunais na apreciação do tema.

O primeiro objetivo deste trabalho teve a intenção de identificar possíveis incentivos para a prática de adoção à brasileira. Esse resultado pode ser verificado nos itens 1.1.1, 1.1.2. e 1.1.3 do artigo. Verificou-se a existência de uma facilitação por parte dos cartórios no ato de realizar o registro de nascimento das crianças, representando um grande estímulo à adoção à brasileira, havendo a necessidade de um procedimento mais seguro e rigoroso para que seja assegurado o direito das crianças. Além desse incentivo externo, foi analisada a discrepância entre o grande número de pretendentes em relação à proporção de crianças disponíveis na adoção legal, o que pode induzir as pessoas que têm o sentimento de se tornarem pais a optarem pela adoção à brasileira devido à morosidade do processo. Ainda, o vínculo socioafetivo estabelecido entre os envolvidos da adoção ilegal pode ser identificado como meio suficiente para que não haja consequências penais decorrentes do crime, trazendo a sensação de impunidade ao agente infrator.

O segundo objetivo buscou evidenciar os impactos gerados pela adoção à brasileira nos direitos do adotado ilegalmente e quais as suas consequências ocasionadas. Esse resultado pode ser verificado nos itens 1.2.1, 1.2.2 e 1.2.3, nos quais observou-se que a adoção à brasileira é compreendida como um obstáculo na garantia dos direitos do adotado. Dessarte, fere o direito do adotado à verdade biológica, não aprecia o ambiente adequado, seja físico ou emocionalmente, para o desenvolvimento da criança e tampouco o princípio do melhor interesse. Portanto, a adoção à brasileira contraria todos os princípios e direitos que devem ser observados e respeitados no processo de adoção legal, visto que esta só é deferida se fundadas vantagens reais ao adotado.

O terceiro objetivo pautou-se em verificar quais são os requisitos e fundamentos do reconhecimento da filiação socioafetiva. Esse resultado foi verificado nos itens 2.1, 2.2 e 4, definindo-se que o reconhecimento da filiação socioafetiva é fundamentado na prevalência do amor e carinho, além de ser respaldado no direito humano à maternidade e paternidade. Contudo, analisou-se um déficit legislativo na definição dos requisitos essenciais para sua concessão, pois essa falta pode criar brechas que facilitam a ocorrência de crimes, sendo crucial a determinação desses requisitos como obrigatórios.

O quarto objetivo, por sua vez, buscou demonstrar que o reconhecimento da filiação socioafetiva pode ser uma forma de consolidar a permissão da adoção à brasileira. Esse resultado foi verificado no item 3, resultando o reconhecimento da filiação socioafetiva como uma manobra usada pelos

tribunais brasileiros para a descaracterização do crime de adoção à brasileira. Ainda, analisou-se que, ao não ocorrer a revogação da adoção ilegal, acarreta-se a *abolitio criminis*, sendo descaracterizada a conduta do agente através da jurisprudência, podendo, inclusive, incentivar a prática criminosa. Em decorrência disso, notou-se também a presença ilegal do ativismo judicial por parte do Poder Judiciário, identificado na interseção de maneira expansiva nas decisões do Poder Legislativo.

Portanto, após evidenciada a lacuna existente na legislação entre a adoção à brasileira e o reconhecimento da filiação socioafetiva, nota-se uma necessidade urgente de uma reforma legislativa que possa sanar a incongruência existente entre esses dois institutos, de modo que as crianças tenham seus direitos e garantias resguardados. Assim, não deve haver a banalização do crime da adoção à brasileira, tornando-se um assunto sério a ser combatido, a fim de que não permita margem para interpretações por parte do Poder Judiciário, carecendo ser melhor regulamentado. Além disso, o reconhecimento da filiação socioafetiva também não deve ficar à mercê da interpretação do Poder Judiciário, sendo necessária a instituição de requisitos na sua concessão para que não continue resultando em um subterfúgio para a prática do crime de adoção à brasileira.

Para uma continuidade deste trabalho, propõe-se uma pesquisa acerca dos entendimentos dos juízes sobre a presença desse subterfúgio, bem como uma pesquisa de campo para verificar como está sendo aplicada essa manobra em âmbito interno dos tribunais brasileiros.

TITLE: The recognition of socio-affective affiliation in the light of human rights: a subterfuge for the legalization of Brazilian adoption?

ABSTRACT: The conflict between the prohibition of Brazilian adoption and the recognition of socio-affective affiliation is a pertinent topic in the Brazilian legal system. The recognition of socio-affective affiliation granted after the practice of illegal adoption may become a means of permitting/mischaracterizing the crime of Brazilian adoption, making clear the gaps in the Brazilian legal system and the challenges in protecting the adoptee's rights. The present work aims to investigate the legal effects of Brazilian adoption, its consequences and the position of the courts on the subject. To this end, a normative-legal theoretical research was carried out, of an exploratory type, with a qualitative approach, using primary and secondary sources. The inductive and deductive method was applied, analyzing data using Laurence Bardin's Content Analysis Theory. In the first part of this work, Brazilian adoption was found to be an obstacle to guaranteeing the adoptee's rights and how this impacts them. In the second part, it analyzed the recognition of socio-affective affiliation as a new institute equipped with old practices. In the third, it investigated the legalization of Brazilian adoption as a subterfuge in effecting the recognition of socio-affective affiliation. Finally, it was found necessary to assign mandatory requirements for the recognition of socio-affective affiliation as a way of overcoming irregularities for Brazilian adoption. Therefore, legislative reform is needed to remedy the inconsistency between these institutes, protecting rights and guarantees. Therefore, the crime of Brazilian adoption must be regulated more rigorously, without leaving room for judicial interpretations. The recognition of socio-affective affiliation should also not be at the mercy of this

interpretation, requiring the establishment of requirements for its granting so that it does not continue to result in a subterfuge for the commission of the crime.

KEYWORDS: Adoption. Brazilian adoption. Socio-affective affiliation. Affective recognition.

Referências

- AGÊNCIA SENADO. *Ampliação da licença-paternidade é aprovada pela CDH*. 10 jul. 2024. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2024/07/10/ampliacao-da-licenca-paternidade-e-aprovada-pela-cdh>.
- ANUNCIAÇÃO, Débora. Casal homoafetivo consegue adotar criança após nove anos de convivência. *Instituto Brasileiro de Direito de Família*, 2024. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/12001/javascrip>.
- ARAGÃO, Alice Iracema. Um olhar sobre o ativismo judicial no âmbito do direito penal na perspectiva da decisão do Supremo Tribunal Federal na arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF nº 635/RJ. *Revista Contemporânea*, v. 3, n. 8, 2023. ISSN 2447-0961. Disponível em: <https://ojs.revistacontemporanea.com/ojs/index.php/home/article/view/1316>.
- ASSIS, Isabel Fernandes de. *Adoção à brasileira: crime ou ato de amor?* Orientadora: Lara Salles Morais. 2014. 61f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário de Brasília-UniCEUB, Brasília, 2014. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/6099/1/21031276.pdf>.
- BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. São Paulo: Edições 70, 2011.
- BARONI, Arethusa; CABRAL, Flávia Kirilos Beckert; CARVALHO, Laura Roncaglio de. Pai ou mãe é quem cria!: entenda o que é a parentalidade socioafetiva. *Direito Familiar*, 29 abr. 2016c. Disponível em: <https://direitofamiliar.com.br/pai-ou-mae-e-quem-cria-entenda-o-que-e-a-parentalidade-socioafetiva/>.
- BEDIN, Paula Cristina. *Adoção à brasileira: problema ou solução?* Orientador: Loredana Gragnani Magalhães. 2018. 68 f. Monografia (Graduação em Direito) – Centro Universitário Unives, Lajeado, 2018. Disponível em: <https://www.univates.br/bduserver/api/core/bitstreams/df41f09d-5305-4c45-bf8c-0668f2b2adb9/content>.
- BICUDO, Carolina Alves. *Socioafetividade como forma de encobrir a prática da adoção à brasileira*. Orientador: Rodrigo Arnoni Scalquette. 2023. 28f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2023. Disponível em: <https://alpha-api.mackenzie.br/server/api/core/bitstreams/e4f49c98-a1d9-4481-ab59-88b758855013/content>.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática da monografia para cursos de direito*. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Planalto. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.
- BRASIL. *Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990b*. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Planalto. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm.
- BRASIL. *Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940*. Institui o Código Penal. Planalto. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm.
- BRASIL. *Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973*. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Planalto. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16015compilada.htm.
- BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990a*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Planalto. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm.
- BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Planalto. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Câmara Cível). *Apelação Cível nº 1.0672.00.029573-9/001*, Relator: Des. Nilson Reis, julgamento em 27/02/2007, publicação da súmula em 23/03/2007a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *REsp nº 833.712/RS*. Relatora Ministra Nancy Andri ghi, julgado em 17/5/2007, DJ de 4/6/2007b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *REsp nº 1.613.641/MG*. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 23/5/2017, DJe de 29/5/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1.784.726/SP*. Relator Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 7/5/2019, DJe de 15/5/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 2.463.052/MG*. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 5/3/2024, DJe de 8/3/2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Informativo 699*. Brasília, 2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo?acao=pesquisarumaedicao&livre=0699.cod>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Habeas Corpus nº 101.035*. Relator(a): Gilmar Mendes, julgado em 26-10-2010.

CNJ – Conselho Nacional de Justiça. *Painel de Acompanhamento*. Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento. 03 set. 2024. Disponível em: <https://painceanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=ccd72056-8999-4434-b913-f74b5b5b31a2&sheet=4f1d9435-00b1-4c8c-bcb7-8ed9dba4e45a&opt=currsel&select=clearall>.

CRESCER. *Criança se recusa a deixar o sequestrador após 14 meses de cativeiro*. A cena foi filmada e vem viralizando nas redes sociais. Nas imagens, é possível ver o menino chorando, enquanto tenta ficar abraçado ao criminoso. 01 set. 2024. Disponível em: <https://revistacrescer.globo.com/fique-por-dentro/noticia/2024/09/crianca-se-recusa-a-deixar-o-sequestrador-apos-14-meses-de-cativeiro.ghtml>.

DEMO, Pedro. *Introdução à metodologia da ciência*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1987.

DEMO, Pedro. *Pesquisa e construção do conhecimento: metodologia científica no caminho de Habermas*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1994.

GODOY, Arilda Schmidt. Pesquisa qualitativa tipos fundamentais. *Revista de Administração de Empresas*, São Paulo, v. 35, n. 3, maio/jun. 1995.

GOIÁS. Tribunal de Justiça de Goiás (3. Câmara Cível). *Apelação Cível nº 0026943.68.2017.8.09.0087*. Des.: Romério do Carmo Cordeiro, publicado em 31/05/2019.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Metodologia do trabalho científico*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1992.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Metodologia do trabalho científico: procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório, publicações e trabalhos científicos*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (4. Câmara Cível Especializada). *Agravo de Instrumento-Cv nº 1.0000.21.136589-5/001*. Relatora: Des^a Ana Paula Caixeta, julgamento em 29/09/2022, publicação da súmula em 30/09/2022.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (4. Câmara Cível Especializada). *Apelação Cível nº 1.0000.24.026411-9/001*. Relator: Des. Eduardo Gomes dos Reis (JD Convocado), julgamento em 20/06/2024, publicação da súmula em 25/06/2024b.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (6. Câmara Cível). *Apelação Cível nº 1.0024.15.134851-3/001*. Relatora: Des^a Sandra Fonseca, julgamento em 08/08/2017, publicação da súmula em 18/08/2017.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (6. Câmara Cível). *Apelação Cível nº 1.0056.04.072366-2/001*. Relator: Des. Maurício Barros, julgamento em 24/03/2009, publicação da súmula em 29/05/2009.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (7. Câmara Cível). *Apelação Cível nº 1.0514.09.044929-9/001*. Relator: Des. Washington Ferreira, Relator para o acórdão: Des. Wander Marotta, julgamento em 31/01/2012, publicação da súmula em 02/03/2012.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (8. Câmara Cível Especializada). *Apelação Cível nº 1.0000.17.006739-1/002*. Relator: Des. Carlos Roberto de Faria, julgamento em 01/06/2023, publicação da súmula em 14/06/2023.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (8. Câmara Cível Especializada). *Apelação Cível nº 1.0000.24.184573-4/001*. Relatora: Des^a Teresa Cristina da Cunha Peixoto, julgamento em 05/07/2024, publicação da súmula em 08/07/2024c.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (Câmara Justiça 4.0 Especiali). *Agravo de Execução Penal 1.0000.24.305888-0/001*. Relator: Des. Haroldo André Toscano de Oliveira (JD Convocado), julgamento em 05/11/2024, publicação da súmula em 06/11/2024e.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (Câmara Justiça 4.0 – Especiali). *Agravo de Instrumento nº 1.0000.24.210481-8/001*. Relator: Des. Élio Batista de Almeida (JD 2G), julgamento em 02/09/2024, publicação da súmula em 03/09/2024d.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (Câmara Justiça 4.0 – Especiali). *Apelação Cível nº 1.0000.23.328985-9/001*. Relator: Des. Francisco Ricardo Sales Costa (JD 2G), Relatora para o acórdão: Des^a Lílian Maciel, julgamento em 15/04/2024, publicação da súmula em 23/04/2024a.

MPPR – Ministério Público do Paraná. *Direito de família: filiação socioafetiva*. 03 jun. 2024. Disponível em: <https://mppr.mp.br/Pagina/Direito-de-Familia-Filiacao-socioafetiva#:~:text=O%20que%20%C3%A9%20filia%C3%A7%C3%A3o%20socioafetiva,biol%C3%B3gica%20da%20crian%C3%A7a%20ou%20adolescente>.

MPRJ – Ministério Público do Rio de Janeiro. *Registro civil de nascimento*. 19 set. 2024. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/conheca-o-mprj/areas-de-atuacao/nucleos-de-atuacao/registro-civil-de-nascimento-e-documentacao-basica/registro-civil-de-nascimento>.

PAZ, Jurandir Bezerra; TEIXEIRA, Sergio Torres. A necessidade do registro de nascimento biométrico da parturiente e do nascituro. *Interfaces Científicas – Direito*, Aracaju, v. 6, n. 2, p. 35-46, fev. 2018. Disponível em: https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Interf-Dir_v.06_n.2.04.pdf.

PERÔNICO, Stefany de Lucena. *Filiação socioafetiva: uma abordagem sobre seu reconhecimento no direito civil contemporâneo*. Orientadora: Cecília Paranhos Santos Marcelino. 2023. 77f. Monografia (Graduação em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, 2023. Disponível em: <http://dspace.sti.ufcg.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/riufcg/32920/STEFANY%20DE%20LUCENA%20PER%20c3%94NICO%20-%20TCC%20%28Monografia%29%20Direito%20CCJS%202023.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

PESSOA, Gabriela Pimentel; CABRAL, Angélica Mota. A filiação socioafetiva e suas implicações às dinâmicas familiares dos dias atuais no Brasil. *Revista de Direito de Família e Sucessão*, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 60-77, jul./dez. 2018. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/direitofamilia/article/view/4971/pdf>.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (7. Câmara Cível). *Apelação Cível nº 70083688556*. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, julgado em: 28-05-2020.

VIEIRA, José Guilherme Silva. *Metodologia de pesquisa científica na prática*. Curitiba: Fael, 2010.

Recebido em: 18.11.2024

Aprovado em: 04.01.2025

A Deserdação e o Anteprojeto de Reforma do Código Civil

MÁRIO LUIZ DELGADO

Doutor em Direito Civil pela USP. Mestre em Direito Civil Comparado pela PUC-SP. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Pernambuco. Conselheiro da Câmara de Mediação e Arbitragem do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP. Presidente da Comissão de Assuntos Legislativos do IBDFAM. Membro da Comissão Especial do Senado para a Reforma do Código Civil. Advogado e Parecerista. E-mail: marioluizdelgado@gmail.com.

RESUMO: O presente artigo explora as propostas de alteração do Código Civil Brasileiro atinentes ao instituto da deserdação. Atualmente, os tipos legais da deserdação costumam receber interpretação literal, de excessivo rigor, como que propositadamente engendrada a obstar o ato de autonomia privada do testador. No intuito de privilegiar a autonomia privada do autor da herança, conferindo maior concretude ao seu direito fundamental de herança, o Anteprojeto de Reforma do Código Civil propõe novos suportes fáticos pelos quais os herdeiros necessários serão excluídos da sucessão, quer em decorrência da prática de atos de indignidade, quer seja por vontade do testador, nos casos de deserdação.

PALAVRAS-CHAVE: Deserdação. Herança. Direito fundamental. Exclusão da sucessão. Reforma. Código Civil.

SUMÁRIO: Considerações iniciais. 1. Novos precedentes. 2. Notas conclusivas: a exclusão da sucessão e o anteprojeto de reforma do Código Civil. Referências.

Considerações iniciais

O direito fundamental de herança, constitucionalizado no art. 5º, XXX, da CF/88¹, proíbe que a lei civil infraconstitucional deixe de reconhecer a transmissão hereditária do patrimônio, do titular aos seus herdeiros (legítimos e testamentários), mas não impede que determinados herdeiros sejam excluídos da sucessão, vale dizer, que alguns sujeitos desse direito fundamental, ainda que mantenham a condição de herdeiros, sejam impedidos de

1 “É garantido o direito de herança”.

herdar ou não tenham acesso à herança, por se encontrarem fora da ordem de chamada. Os herdeiros colaterais, por exemplo, não herdarão em existindo outros sucessores preferenciais; ou caso o autor da herança opte por excluí-los da herança, destinando a integralidade do seu patrimônio a terceiros. Descendentes ou ascendentes que pratiquem os atos tipificados no art. 1.814/CC serão excluídos da sucessão por indignidade². Enquanto outros herdeiros necessários poderão ser despojados apenas pela vontade testamentária, desde que insertos nos incisos dos arts. 1.962 e 1.963 do CCB³.

A deserção é a forma pela qual um herdeiro necessário é excluído da sucessão por manifestação de vontade do autor da herança, expressa exclusivamente em testamento. Ato solene de despojamento da herança imposto por quem é o “dono” do patrimônio, em reação contra um ato de ingratidão cometido pelo herdeiro ofensor. Sob esse viés, pode ser considerada a máxima expressão da liberdade testamentária, o ápice do exercício da autonomia privada no direito sucessório, além de instrumentalizar proteção ao macroprincípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que, no sopesamento entre dois direitos fundamentais (dignidade humana do testador e direito de herança do herdeiro), toma partido pela dignidade, considerada de maior peso e relevância. Os interesses protegidos pela exclusão sucessória não de ser sempre os do falecido, daquele que construiu o patrimônio.

Antes de constituir um ato de vingança ou de retaliação contra um herdeiro, trata-se de excluir da linha sucessória uma pessoa com quem o testador deixou de manter vínculo de afeto. Cabe lembrar que a ordem da vocação hereditária (atualmente estabelecida no art. 1.829), lista escalonada pela qual os herdeiros são chamados a suceder, por classes, leva em conta o vínculo de afetividade que o legislador pressupõe existir entre o falecido e os diversos grupos de herdeiros ali ordenados. O motivo que justifica a posição dos indivíduos em referência às classes dos sucessíveis é a organização da família, fundada no afeto. Segundo Itabaiana de Oliveira, “esta ordem se distingue pela sua simplicidade e corresponde, com a possível exatidão, ao

2 “Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários: I – que houverem sido autores, coautores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente; II – que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro; III – que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade”.

3 “Art. 1.962. Além das causas mencionadas no art. 1.814, autorizam a deserção dos descendentes por seus ascendentes: I – ofensa física; II – injúria grave; III – relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto; IV – desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade. Art. 1.963. Além das causas enumeradas no art. 1.814, autorizam a deserção dos ascendentes pelos descendentes: I – ofensa física; II – injúria grave; III – relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou o da neta; IV – desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade”.

conceito de família”⁴. Exatamente com base nessa presunção de afeto, é que os descendentes (inciso I) precedem aos ascendentes (inciso II), supondo a Lei que o amor primeiro desce e depois sobe, sendo mais forte o sentimento dos pais para com os filhos, do que o oposto (*amor primum descendit, deinde ascendit*).

A presunção legislativa, conquanto *juris tantum*, admitindo, por óbvio, a prova em contrário, coaduna-se com a visão moderna do Direito das Famílias, onde o conceito de família (e conseqüentemente o de herdeiro) é construído a partir da comunhão de vidas, fundada no amor, no afeto, na solidariedade e na responsabilidade recíprocos. O direito de suceder, diz Carlos Maximiliano, “prolonga-se até onde se estende a consciência da unidade da família e a presunção da existência da solidariedade”⁵. Logo, ainda que haja consanguinidade, é possível que não exista uma verdadeira família, na expressão contemporânea dessa instituição secular, quando o vínculo afetivo não estiver presente.

A proteção jurídica dessa família, baseada no afeto, desloca-se, assim, da instituição para o sujeito, do coletivo para o indivíduo, não fazendo sentido uma proteção indiscriminada, abrangente de uma determinada classe de herdeiros (p. ex., todos os descendentes), em detrimento de um sujeito especificado e individualizado (p. ex., o descendente que manteve com o falecido maior proximidade ou vínculo afetivo mais pujante)⁶. Partindo dessas premissas, é possível afirmar que a deserção representa a vitória do afeto, como principal elemento fundante da família, ao permitir que o testador exclua da sua própria sucessão aqueles sujeitos cujos atos e ações denotem a inexistência de afetividade para com o autor da herança.

As condutas que atualmente autorizam a deserção do descendente pelo ascendente (e vice-versa), além daquelas dispostas simultaneamente para a exclusão por indignidade, caracterizam, todas elas, atos absolutos de inafetividade: ofensas físicas, mesmo as levíssimas, como um empurrão ou um tapa na cara; a injúria, que macula a honra subjetiva do testador; o desamparo moral e material ao autor da herança, agravado pelo padecimento de grave

4 OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Tratado de direito das sucessões*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952. v. 1. p. 170.

5 MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1958. v. I. p. 143.

6 Nessa senda, são pertinentes as observações de Isa Omena Machado de Freitas: “A sucessão hereditária possui fundamento de ordem ética, qual seja, a afetividade real ou presumida do defunto ao herdeiro ou legatário. Tal afeição deve despertar e manter neste o sentimento de gratidão ou, pelo menos, o respeito à pessoa do *de cuius*. A ruptura dessa afetividade mediante a prática de atos inequívocos de desapeço, reprovável ou até mesmo delituoso para com o autor da herança, torna o herdeiro ou legatário indigno de recolher os bens hereditários” (FREITAS, Isa Omena Machado de. Exclusão da sucessão por ato de indignidade: por um redimensionamento ético e hermenêutico do art. 1.814, inciso I, do Código Civil brasileiro. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande/RS, 1 set. 2014. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/exclusao-da-sucessao-por-ato-de-indignidade-por-um-redimensionamento-etico-hermeneutico-do-art-1814-inciso-i-do-codigo-civil-brasileiro/>. Acesso em: 7 jan. 2024).

enfermidade; demonstram, por parte do herdeiro, não apenas desafeição extrema, mas completa falta de empatia e de solidariedade humana.

A interpretação sistemática dos tipos elencados nos arts. 1.962 e 1.963, notadamente aquele do inciso IV, em consonância com o direito fundamental de herança titularizado igualmente pelo testador, já permitiria a deserdação por quebra do afeto, sem que houvesse necessidade sequer de alteração legislativa. Todavia, as propostas trazidas com o Anteprojeto de Reforma do Código Civil reforçam a ideia de que o rompimento definitivo do vínculo de afetividade autoriza a deserdação.

O legislador invocou, como um dos suportes fáticos para a *exheredatio*, o desamparo, que significa abandono, desabrigo, desarrimo, isolamento, orfandade. O dicionário Caldas Aulete alude, explicitamente, ao “estado ou condição de quem ou do que não recebe amparo moral nem material”. Desamparado é o desprovido de proteção, ajuda ou auxílio. É o desvalido, perdido, desprotegido, exposto, descoberto, indefeso, o sozinho⁷. Portanto, a absoluta falta de vínculo afetivo entre herdeiros necessários e testador implica, sim, desamparo apto a autorizar a deserdação, independentemente de alteração do CCB.

1. Novos precedentes

Os tipos legais da deserdação costumam receber interpretação literal, de excessivo rigor, como que propositadamente engendrada a obstar o ato de autonomia privada do testador. Daí porque a deserdação vem sendo corriqueiramente afastada quando “não restou comprovado que a ré dirigiu as ofensas descritas do item 5 do testamento público, violando a dignidade e a honra da autora da herança”⁸, ao passo que “ofensas verbais e ajuizamento de ações para apropriação indevida do patrimônio da autora da herança” não caracterizam “as hipóteses de deserdação inculpidas no art. 1.962 do Código Civil, em especial, a injúria grave prevista no inciso II do aludido dispositivo”⁹. Nem mesmo, o “distanciamento da filha pelos motivos por ela alegados em contestação, por mau relacionamento com a irmã, em cuja residência foi morar, não se equipara a desamparo, como previsto na Lei, que é de abandono material do ascendente com alienação mental ou grave enfermidade, que é relegado

7 O art. 892 da Consolidação das Leis Cíveis de Teixeira de Freitas já estabelecia que não poderiam suceder *ab intestato* os herdeiros que tivessem sido “omissos e negligentes em procurar o restabelecimento da saúde de seus ascendentes em alienação mental”.

8 TJSP; AC 1005721-39.2016.8.26.0297; Ac. 12653409; Jales; Nona Câmara de Direito Privado; Rel. Des. José Aparício Coelho Prado Neto; Julg. 02.07.2019; DJESP 11.07.2019.

9 TJSP; AC 1007151-26.2016.8.26.0297; Ac. 12776097; Jales; Nona Câmara de Direito Privado; Rel. Des. José Aparício Coelho Prado Neto; Julg. 13.08.2019; DJESP 19.08.2019.

à mendicância, severas privações materiais ou vem a necessitar do auxílio de entidades assistenciais ou de terceiros para a subsistência, o que não ocorreu com o morto. Inteligência do inciso IV do art. 1.962 do Código Civil”¹⁰.

Exige-se, com a máxima rigidez, do herdeiro instituído, ou daquele a quem aproveite a deserção, provar a veracidade do motivo alegado pelo testador. E ausente prova de que o filho tenha realizado injúria grave contra o genitor, nem que houve abandono na ocasião de doença grave a amparar a pretensão, afasta-se o reconhecimento da deserção¹¹.

Entretanto, a jurisprudência vem começando a sinalizar que essa postura restritiva da liberdade testamentária perdeu a atualidade. No julgamento do Recurso Especial 1.943.848/PR, no qual o STJ flexibilizou os tipos legais do art. 1.814, tratado como uma “cláusula geral com raiz ética, moral e jurídica”, para equiparar o “ato infracional” ao homicídio doloso, para fins de exclusão por indignidade. O acórdão, sem flexibilizar a taxatividade das hipóteses de exclusão da sucessão por indignidade, foi ao cerne do problema, ressaltando que “o fato de o rol do art. 1.814 do CC/2002 ser taxativo não induz à necessidade de interpretação literal de seu conteúdo e alcance, uma vez que a taxatividade do rol é compatível com as interpretações lógica, histórico-evolutiva, sistemática, teleológica e sociológica das hipóteses taxativamente listadas”. E adverte que se tal regra fosse “interpretada literalmente, *prima facie*, de forma irreflexiva, não contextual e adstrita ao aspecto semântico ou sintático da língua, induziria ao resultado de que o uso da palavra homicídio possuiria um sentido único, técnico e importado diretamente da legislação penal para a civil, razão pela qual o ato infracional análogo ao homicídio praticado pelo filho contra os pais não poderia acarretar a exclusão da sucessão, pois, tecnicamente, homicídio não houve”.

O voto prolatado pela Ministra Nancy Andrighi alcança a mesma conclusão que estamos propondo para a interpretação dos arts. 1.962 e 1.963, no sentido de que as hipóteses de exclusão do herdeiro constituem “cláusula geral com raiz ética, moral e jurídica” e que “a diferença técnico-jurídica entre o homicídio doloso e o ato análogo ao homicídio doloso, conquanto relevante para o âmbito penal diante das substanciais diferenças nas consequências e nas repercussões jurídicas do ato ilícito, não se reveste da mesma relevância no âmbito civil, sob pena de ofensa aos valores e às finalidades que nortearam a criação da norma e de completo esvaziamento de seu conteúdo”.

10 TJSP; AC 1006541-98.2022.8.26.0248; Indaiatuba; Quarta Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Alcides Leopoldo; Julg. 02/08/2024.

11 TJRS; AC 0318086-77.2016.8.21.7000; Carazinho; Sétima Câmara Cível; Rel. Des. Jorge Luís Dall’Agnol; Julg. 09.11.2016; DJERS 14.11.2016.

Seguindo essa orientação, o TJDF decidiu que as situações enumeradas nos arts. 1.814, 1.962 e 1.963 do Código Civil “não podem ser interpretadas de forma restritiva, porque o legislador deixou à margem crimes ou ações tão ou mais graves quanto as previstas, tais como a tortura psicológica e o abandono imaterial e material de filhos portadores de doenças graves”¹². A estrada hermenêutica inaugurada pelo STJ nos permite concluir que outros delitos contra a vida do autor da herança, além do homicídio doloso, suportariam a exclusão por indignidade, não se podendo cogitar, *v.g.*, que autores de crimes de induzimento, instigação ou auxílio a suicídio (art. 122 do CP) ou de infanticídio (art. 123 do CP) recebam heranças de suas vítimas.

No julgamento da Apelação Cível nº 1019208-41.2017.8.26.0071, o Tribunal de Justiça de São Paulo admitiu a deserdação de descendente por ascendente, em que foi apontada como causa deserdativa a negativa de prestação de assistência material. No caso, a ação de deserdação foi ajuizada pela irmã em face do irmão, com base em testamento público deixado pela genitora, em que foi mencionado o “*desamparo emocional e constantes xingamentos ao longo dos anos e a falta de amparo (material) em momento de extrema necessidade em razão de grave enfermidade (câncer e metástase)*”. O desamparo foi comprovado pelo ajuizamento de ação de alimentos pela mãe contra o filho, havendo este contestado o pedido, questionando a dignidade e índole de sua própria mãe¹³. O TJSP, entre os fundamentos adotados, também destacou a ausência do deserdado no velório da genitora, o que evidencia o “seu desprezo por ela, o que é mais grave ainda quando se considera a origem nipônica do apelante, que inclusive morou no Japão, cuja cultura é mundialmente conhecida pelo respeito aos ancestrais, fato notório e que dispensa prova, desprezo este que justifica a violação do dever de solidariedade, que informa as relações familiares. Em suma, a respeitável sentença evidencia que a genitora estava gravemente enferma e em precárias condições financeiras, do que tinha plena ciência o apelante, o qual, mesmo contando com expressivos ganhos salariais, virou-lhe as costas, em lamentável conduta de desamor e desumanidade, em inequívoco desamparo material, bastante para a deserdação adequadamente reconhecida em primeiro grau”.

Em situação assemelhada, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no julgamento da Apelação nº 0318086-77.2016.8.21.7000, considerou pos-

12 TJDF; APC 07212.99-22.2020.8.07.0001; Ac. 143.6925; Terceira Turma Cível; Relª Desª Fátima Rafael; Julg. 07/07/2022; Publ. PJe 28/07/2022.

13 Trecho do voto: “[...] no momento em que poderia ter escolhido baixar a guarda, fazer as pazes com sua mãe e colocar de lado o tormento de seus traumas, optou o requerido por atacá-la, mesmo estando ela fragilizadíssima e estendendo-lhe a mão pedindo ajuda no momento agudo de seu câncer. Portanto, a contestação naqueles autos de alimentos é a prova, produzida pelo próprio requerido, de que ele desamparou sua genitora em grave enfermidade, completando os requisitos legais (CC 1.962, IV)”.

sível o testador deserdar herdeiro necessário, pelo desamparo do ascendente por mais de 12 anos, que estava com enfermidade que lhe impossibilitava a locomoção. O deserdado havia contestado o pedido alegando que “não houve abandono e que sua genitora não estava em grave estado de alienação mental ou grave enfermidade, pois, do contrário, seria incapaz para testar”. No entanto, o TJRS validou como elementos probantes do desamparo, aptos a justificar a deserdação, colhidos a partir da farta prova testemunhal produzida ao longo do processo, os seguintes fatos: a) o deserdado “bebia e dizia palavras de calão para sua mãe”; b) mesmo quando a mãe ficou doente, o filho não a visitou; c) uma testemunha que estava no velório da testadora disse que o filho “soltou rojão no local”; d) “havia desavenças entre mãe e filho, e que este não visitava a mãe há 12 anos”. A conclusão da corte gaudéria foi a de que “de fato, houve abandono por parte de Osmar, que não mais teve contato com a mãe. Ilse, por sua vez, embora lúcida até a morte, estava doente, não podia mais caminhar”, ao passo que a autora da ação logrou comprovar “a existência de causa capaz de justificar o reconhecimento da deserdação levada a efeito pela *de cuius*”.

Com esse mesmo espírito de privilegiar a autonomia privada do autor da herança, conferindo maior concretude ao seu direito fundamental de herança, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina admitiu que o próprio testador, *em vida*, proponha a ação judicial disciplinada no art. 1.965 do CC¹⁴. No entender do relator, o desembargador Edir Josias Silveira Beck, ao propor a ação enquanto ainda em vida, o futuro autor da herança evita cizânia dentre os sucessores: “Tendo-se o ato de deserdação por um direito e como direito dele decorrendo uma ação, cabível sua consubstanciação para além do testamento, exercível através de demanda judicial onde se reconheça a causa e se declare deserdado o herdeiro que se quer deserdado e que deserdado merece ser”¹⁵.

14 “Art. 1.965. Ao herdeiro instituído, ou àquele a quem aproveite a deserdação, incumbe provar a veracidade da causa alegada pelo testador. Parágrafo único. O direito de provar a causa da deserdação extingue-se no prazo de quatro anos, a contar da data da abertura do testamento”.

15 “Apelação cível. Ação de deserdação. Sentença que extinguiu o feito por ilegitimidade ativa. Direito de deserdar estabelecido no art. 1.961 do código civil, não tendo a exegese do art. 1.964 do mesmo diploma condão de afastar o correspondente direito de ação. Recurso conhecido e provido. No comando legal onde estabelece que somente com expressa declaração de causa pode a deserdação ser ordenada em testamento o que disse o legislador é justamente o que tratou de dizer, no que não está incluso o afastamento do direito de ação que albergue o direito de buscar a declaração judicial de deserdação. O art. 1.961 do Código Civil assegura que ‘os herdeiros necessários podem ser privados de sua legítima, ou deserdados, em todos os casos em que podem ser excluídos da sucessão’. Sendo evidente que em relação ao herdeiro obrigatório a norma prevê uma punição que em nada se confunde com alguma faculdade, a conjugação do verbo poder lá produzida diz respeito ao direito de alguém excluir de sua sucessão aquela espécie de sucessor. Em nenhum momento o legislador, ao prever o direito de deserdar, estabeleceu esta ou aquela forma como única e essencial para seu exercício. Não se lê no dispositivo referido, muito embora possível seria se tanto tivesse pretendido seu redator, algo como: ‘somente por testamento os herdeiros necessários podem ser privados de sua legítima, ou deserdados, em todos os casos em que podem ser excluídos da sucessão’. Ao ordenar que ‘somente com expressa declaração de causa pode a deserdação ser ordenada em testamento’, agora no art. 1.964 do mesmo diploma legal, longe de dizer que o despojo hereditário obrigatoriamente há de se concretizar pela via do testamento, o regramento está a impor que se ou caso a deserdação se fizer através daquela espécie de clausulado da herdade

Mais recentemente, no julgamento do Recurso Especial nº 2.103.428/SP, cujo acórdão foi publicado no DJe/STJ nº 3.834, de 21/03/2024, o Superior Tribunal de Justiça decidiu ser “admissível a ação de produção antecipada de prova para documentar fatos alegadamente relacionados à injúria e acusações caluniosas praticadas pelo filho contra o pai e que serviriam, em tese, para justificar a sua eventual exclusão da sucessão”. A ação havia sido proposta pelo autor da herança (quando vivo) e extinta sem julgamento do mérito, ao fundamento de que: a) a medida envolveria discussão sobre herança de pessoa viva; b) não caberia ao autor provar a razão da deserdação; c) a ação não poderia ser proposta antes da abertura da sucessão.

O tribunal de apelação manteve a sentença, enquanto o STJ deu provimento ao recurso especial “a fim de anular a sentença para que seja dado regular prosseguimento à ação de produção antecipada de prova”. No caso concreto, o filho “teria imputado ao pai, por intermédio de postagens em redes sociais, a morte da própria mãe e ex-cônjuge, com propósito exclusivamente patrimonial. Em razão disso, o recorrente propôs a ação de produção antecipada de prova para documentar esse suposto fato e balizar eventual e futura exclusão do herdeiro da linha sucessória em testamento”. O Tribunal da Cidadania determinou a produção da prova, ressaltando não haver proibição a que a ação seja proposta antes da abertura da sucessão, até porque, nas situações de crime contra a honra de que trata o inciso II do art. 1.814, a jurisprudência exige que o testador proponha, ele próprio, a ação penal privada contra o ofensor¹⁶. A única ressalva feita pelo STJ foi a de que não caberia, naquele momento, atestar “se a prova documentada será útil ou necessária para atestar a causa de indignidade do herdeiro, uma vez que a valoração probatória será feita, oportunamente e se necessário, pelo juiz a quem couber julgar a ação declaratória de exclusão da sucessão, podendo o fato documentado, inclusive, aproveitar ao próprio recorrido”.

obrigatoriamente haverá de nela se constar expressa a sua causa. Ao trazer para si o embate judicial frente ao herdeiro que deseja deserdar, o autor da correspondente ação impede que tal discussão seja lançada para empós sua morte, evitando cizânia dentre seus herdeiros. Vê declarada, assim, a deserdação que deseja enquanto ainda em vida e evita que seus sucessores herdem, para além do espólio, também discórdia. Forte também no exercício da Equidade, assim, há que se concluir diversamente do que vem compreendendo a doutrina e com ela os poucos julgados pertinentes à quaestio em exame. Tendo-se o ato de deserdação por um direito e como direito dele decorrendo uma ação, cabível sua substanciação para além do testamento, exercível através de demanda judicial onde se reconheça a causa e se declare deserddado o herdeiro que se quer deserddado e que deserddado merece ser” (TJSC, Apelação 0300716-33.2018.8.24.0113, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Rel. Edir Josias Silveira Beck, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 09.06.2022).

16 “[...] para que haja a declaração de indignidade e consequente exclusão da sucessão, a ofensa à honra desferida pelo herdeiro deve ser tão grave a ponto de estimular o autor da herança a propor uma ação penal privada em face dele e gerar a prolção de decisão condenatória pelo juízo criminal reconhecendo que a presença de todos os elementos configuradores da infração penal” (STJ, Min^a Nancy Andrighi, REsp 2.023.098/DF, 3^a Turma, DJe 10/03/2023).

2. Notas conclusivas: a exclusão da sucessão e o anteprojeto de reforma do Código Civil

No intuito de fortalecer a autonomia privada, o Anteprojeto de Reforma do Código Civil propõe novos suportes fáticos pelos quais os herdeiros necessários serão excluídos da sucessão, quer em decorrência da prática de atos de indignidade, quer seja por vontade do testador, nos casos de deserdação. O Anteprojeto pretende que se rompa com o paradigma perverso que vitimiza o herdeiro e vilaniza o testador, invertendo, como norte de interpretação, a primazia dos interesses dos herdeiros sobre os do autor da herança. Afinal de contas, o interesse maior a ser protegido pelos dispositivos legais que regulam a exclusão sucessória é aquele do *de cuius*, da pessoa que construiu tanto o patrimônio hereditário como as relações afetivas com aqueles que pretendem sucedê-lo.

Fortes nessa convicção é que no art. 1.814 propusemos a atualização do rol taxativo das causas de exclusão por indignidade, de modo a abranger outros tipos penais diversos do homicídio¹⁷. A ideia é que a prática de qualquer crime doloso, ato infracional, ou tentativa destes, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente, autorize a exclusão da sucessão.

Foram acrescidos, entre os atos de indignidade, a destituição do poder familiar da pessoa de cuja sucessão se tratar e a negativa de prestação de assistência material ou assistência afetiva, seja por convívio ou visitação periódica. As inovações não são “criacionismos”. No projeto de Código Civil de Coelho Rodrigues, apresentado em 23 de fevereiro de 1893, já se previa, entre os cenários de indignidade sucessória, que não seria chamado a suceder “o pai ou a mãe que expusesse o *de cuius*, ou negasse-lhe o dote ou alimentos devidos, ou somente os tivesse compelido por sentença; o pai ou mãe que houvesse contestado a filiação do *de cuius*, reconhecido judicialmente e contenciosamente, ou tivesse sido privado do poder familiar; o descendente que, devendo alimentos ao *de cuius*, recusasse a prestá-los, ou somente o tivesse quando compelido por sentença” (art. 2.397). Da mesma forma, o projeto original de Clóvis Beviláqua previa, no seu art. 1.762, a exclusão da sucessão do pai ou da mãe “que tivesse exposto o autor da herança, que lhe houvesse negado os alimentos, ou contestado a sua filiação; o pai ou a mãe que tivesse sido privado do pátrio poder que exercia sobre o autor da herança, por ter

17 Todas as reflexões trazidas neste artigo foram levadas à Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil (CJCODCIVIL), criada pelo Ato do Presidente do Senado Federal (ATS) nº 11, de 2023, e encontram-se espelhadas no Anteprojeto apresentado ao Senado em meados de 2024. Como membro efetivo daquela comissão de juristas e também relator da subcomissão de sucessões, cubre-me coordenar os debates, ouvir os especialistas e compilar as sugestões recebidas no que tange ao Livro V da Parte Especial do CC.

incurrido em crime contra a honra do mesmo; aquele que, por violência ou fraude”.

Em paralelo, foram ampliadas as causas e facilitada a concretização da deserdação. Na disciplina dessa matéria, a exegese literal das disposições legais, como tive a oportunidade de afirmar, vem dificultando a efetivação da última vontade do autor da sucessão, no que tange a quem transmitir ou não transmitir os seus bens. Cito como exemplo a injúria grave e as ofensas físicas, que apesar de estarem expressamente elencadas entre as hipóteses que permitem a deserdação, são frequentemente afastadas, de acordo com a subjetividade do julgador. Exige-se, em ação judicial póstuma, a prova de que os fatos declarados pelo testador efetivamente ocorreram e que se subsumiram ao tipo legal, cuja taxatividade não admitiria qualquer flexibilização.

Daí exsurge a necessidade de uma completa reformulação nas regras da deserdação, a começar por incluir o “abandono afetivo voluntário e injustificado” como justificativa para ascendentes e descendentes se excluírem reciprocamente da sucessão, por meio do testamento, além de se inverter a lógica da ação de deserdação, cuja legitimidade ativa é transferida ao deserddo, a quem caberá impugnar a causa da deserdação, retirando esse ônus dos demais herdeiros, em fortalecimento e valorização do princípio da prevalência da vontade do testador.

Se aprovada a sugestão legislativa, os arts. 1.814, 1.962, 1.963 e 1.965 do Código Civil passariam a contar com as seguintes redações:

Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários que:

I – tiverem sido autores, coautores ou partícipes de crime doloso, ato infracional, ou tentativa destes, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, convivente, ascendente ou descendente;

II – tiverem sido destituídos da autoridade parental da pessoa de cuja sucessão se tratar;

III – que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

IV – que tiverem deixado de prestar assistência material ou incorrido em abandono afetivo voluntário e injustificado contra o autor da herança. (NR)

[...]

Art. 1.962. Além das causas mencionadas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos descendentes por seus ascendentes:

I – ofensa à integridade física ou psicológica;

II – injúria grave;

III – desamparo material e abandono afetivo voluntário e injustificado do ascendente pelo descendente.

IV – REVOGADO (NR)

Art. 1.963. Além das causas enumeradas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos ascendentes pelos descendentes:

I – ofensa à integridade física ou psicológica;

II – injúria grave

III – REVOGADO

IV – desamparo material e abandono afetivo voluntário e injustificado do filho ou neto.

TITLE: Disinheritance and the Reform of the Civil Code

ABSTRACT: This paper explores the proposals for changes to the Brazilian Civil Code regarding disinheritance. Currently, the legal types of disinheritance tend to be interpreted literally, with excessive rigor, as if deliberately designed to hinder the testator's act of private autonomy. In order to prioritize the private autonomy of the author of the inheritance, giving greater concreteness to his fundamental right to inherit, the Draft Reform of the Civil Code proposes new factual supports by which the necessary heirs will be excluded from the succession, either as a result of the practice of acts of unworthiness, or by the will of the testator, in cases of disinheritance.

KEYWORDS: Disinheritance. Inheritance. Fundamental right. Exclusion from succession. Reform. Civil Code.

Referências

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 10 jul. 2024.

FREITAS, Isa Omena Machado de. Exclusão da sucessão por ato de indignidade: por um redimensionamento ético e hermenêutico do art. 1.814, inciso I, do Código Civil brasileiro. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande/RS, 1 set. 2014. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/exclusao-da-sucessao-por-ato-de-indignidade-por-um-redimensionamento-etico-e-hermeneutico-do-art-1814-inciso-i-do-codigo-civil-brasileiro/>. Acesso em: 7 jan. 2024.

MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1958. v. I.

OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Tratado de direito das sucessões*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952. v. 1.

Recebido em: 04.01.2025

Aprovado em: 06.02.2025

Supremo Tribunal Federal

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1.363.013 RIO DE JANEIRO

RELATOR: MINISTRO DIAS TOFFOLI

ITCMD. VIDA GERADOR DE BENEFÍCIO LIVRE (VGBL) E PLANO GERADOR DE BENEFÍCIO LIVRE (PGBL). FALECIMENTO DO TITULAR. REPASSE AOS BENEFICIÁRIOS DE DIREITOS E VALORES RELATIVOS AOS CITADOS PLANOS. INEXISTÊNCIA DE FATO GERADOR DO IMPOSTO. DIFERIMENTO DO IMPOSTO. POSSIBILIDADE

1. Estabelece o texto constitucional que compete aos estados e ao Distrito Federal instituir o *imposto sobre transmissão causa mortis e doação de quaisquer bens ou direitos* (ITCMD).
2. O VGBL e o PGBL cumprem sua função principal, atuando na cobertura por sobrevivência, na hipótese de o próprio titular gozar do capital segurado ou do benefício.
3. No caso de morte do titular dos planos VGBL e PGBL, o repasse aos beneficiários de valores e direitos, os quais não integram a herança do *de cujus* (art. 794 do Código Civil e art. 79 da Lei nº 11.196/05), não constitui fato gerador do ITCMD.
4. Está no âmbito de conformação do legislador estadual instituir caso de diferimento do recolhimento de parte do ITCMD para momento posterior ao da ocorrência do fato gerador do imposto.
5. Recurso extraordinário da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro (ALERJ) ao qual se nega seguimento; recurso extraordinário da Federação Nacional das Empresas de Seguros Privados, de Capitalização e de Previdência Complementar Aberta (FENASEG) provido, declarando-se a inconstitucionalidade da incidência do ITCMD disciplinada no art. 23 e no art. 13, inciso II e parágrafo único, da Lei Estadual nº 7.174/15 sobre o repasse aos beneficiários de valores e direitos relativos ao plano gerador de benefício livre (PGBL) na hipótese de morte do titular do plano; recurso extraordinário do Estado do Rio de Janeiro parcialmente provido, declarando-se a constitucionalidade do art. 42 da referida lei estadual.

6. Foi fixada a seguinte tese: “É inconstitucional a incidência do imposto sobre transmissão *causa mortis* e doação (ITCMD) sobre o repasse aos beneficiários de valores e direitos relativos ao plano vida gerador de benefício livre (VGBL) ou ao plano gerador de benefício livre (PGBL) na hipótese de morte do titular do plano”.

(STF; RE 1.363.013; RJ; T.P.; Rel. Min. Dias Toffoli; Julg. 16/12/2024; DJE 08/01/2025)

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento, por unanimidade de votos, apreciando o tema 1.214 da repercussão geral, em (i) negar seguimento ao recurso extraordinário da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro (ALERJ); (ii) dar provimento ao recurso extraordinário da Federação Nacional das Empresas de Seguros Privados, de Capitalização e de Previdência Complementar Aberta (FENASEG), declarando a inconstitucionalidade da incidência do ITCMD, disciplinada no art. 23 e no art. 13, inciso II e parágrafo único, da Lei Estadual nº 7.174/15, quanto ao repasse para os beneficiários de valores e direitos relativos ao Plano Gerador de Benefício Livre (PGBL) na hipótese de morte do titular do plano; e (iii) dar parcial provimento ao recurso extraordinário do Estado do Rio de Janeiro, declarando a constitucionalidade do art. 42 da referida lei estadual. Tudo nos termos do voto do Relator. Foi fixada a seguinte tese: “É inconstitucional a incidência do imposto sobre transmissão *causa mortis* e doação (ITCMD) sobre o repasse aos beneficiários de valores e direitos relativos ao plano vida gerador de benefício livre (VGBL) ou ao plano gerador de benefício livre (PGBL) na hipótese de morte do titular do plano”. Plenário, Sessão Virtual de 6.12.2024 a 13.12.2024.

Brasília, 16 de dezembro de 2024.

Ministro Dias Toffoli – Relator

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Trata-se de três recursos extraordinários interpostos contra acórdão mediante o qual o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em sede de representação por inconstitucionalidade, declarou a inconstitucionalidade da expressão “Vida Gerador de Benefício Livre (VGBL)”, presente no art. 23; e dos arts. 24, inciso III; e 42 da Lei Fluminense nº 7.174, de 28 de dezembro de 2015.

Assentou a Corte Local, com isso, a inconstitucionalidade da incidência do ITCMD sobre o repasse para os beneficiários de valores e direitos atinentes ao VGBL na hipótese de morte do titular dos planos e pela constitucionalidade da incidência desse tributo quando em jogo o Plano Gerador de Benefício Livre (PGBL) no mesmo contexto.

Transcrevo o teor daqueles dispositivos da Lei nº 7.174/15 do Estado do Rio de Janeiro:

Art. 23. Na transmissão causa mortis de valores e direitos relativos a planos de previdência complementar com cobertura por sobrevivência, estruturados sob o regime financeiro de capitalização, tais como Plano Gerador de Benefício Livre (PGBL) ou Vida Gerador de Benefício Livre (VGBL), para os beneficiários indicados pelo falecido ou pela legislação, a base de cálculo é:

I – o valor total das quotas dos fundos de investimento, vinculados ao plano de que o falecido era titular na data do fato gerador, se o óbito ocorrer antes do recebimento do benefício; ou

II – o valor total do saldo da provisão matemática de benefícios concedidos, na data do fato gerador, se o óbito ocorrer durante a fase de recebimento da renda.

Art. 24. Na transmissão de bens imóveis ou de direitos a eles relativos, a base de cálculo é:

[...]

III – 50% (cinquenta por cento) do valor do bem na:

a) instituição de usufruto, uso e habitação; e

b) instituição e transmissão do direito de superfície.

[...]

Art. 42. Por ocasião da extinção de direito real reservado pelo transmitente quando da transmissão da titularidade do bem, realizada anteriormente à produção de efeitos deste artigo, deverá ser paga a segunda parcela do imposto, em complemento à primeira parcela de 50% (cinquenta por cento), recolhida no momento da ocorrência do fato gerador.

O acórdão recorrido foi assim ementado:

Representação por inconstitucionalidade. Lei Estadual nº 7.174/2015 que dispõe sobre “imposto sobre a transmissão *causa mortis* e doação de quaisquer bens ou direitos (ITD), de competência do Estado do Rio de Janeiro”. Representante que alega a inconstitucionalidade dos arts. 5º, inciso II, alíneas b e c; art. 12; art. 23; art. 24, inciso I, alíneas b, d, e e inciso III e art. 42 da Lei Estadual nº 7.174/2015. Representante que indicou expressamente dispositivos da Constituição Estadual são os parâmetros por ele invocados para arguição de inconstitucionalidade, o que atende o requisito processual de fundamentação nas ações de controle concentrado e evidencia a competência deste Tribunal de Justiça. Preliminares rejeitadas. Art. 74 da Constituição Estadual que prevê a competência concorrente do Estado do Rio de Janeiro com a União para legislar sobre matéria tributária, devendo suplementar normas gerais editadas pela União. Art. 5º, inciso II, alíneas b e d que estabelece a incidência do imposto de transmissão de bem móvel ou imóvel situado no exterior que é constitucional, pois inexistindo lei federal sobre a matéria a competência

do Estado é plena. Representante que aponta que o art. 12 da Lei Estadual nº 7.174/2015 contraria o art. 128 do CTN, o que evidencia que se verificada a inconstitucionalidade, seria reflexa, afastando a possibilidade de controle abstrato. Art. 23 da Lei Estadual nº 7.174/2015 que prevê a incidência de ITD sobre valores oriundos de planos de previdência complementar (PGBL e VGBL). PGBL (Plano Gerador de Benefício Livre) que tem a natureza de aplicação financeira. Precedente do STJ. Dessa forma, no momento da morte de seu titular há fato gerador do ITCMD, pois haverá transmissão de direitos aos herdeiros ou beneficiários, não se verificando a inconstitucionalidade de sua incidência. VGBL (Vida Gerador de Benefício Livre) que tem a natureza de seguro, não estando, assim, incluído no acervo hereditário. Inteligência do art. 794 do Código Civil. Precedente do STJ. Não constituindo herança, não há fato gerador que do ITD. Havendo efetiva transmissão de propriedade na doação, no fideicomisso e na enfeiteuse, está presente o fato gerador de ITD, sendo assim, constitucional o disposto nas alíneas b, d, e do inciso I do art. 24 da Lei Estadual nº 7.174/2015. Direitos reais que têm a natureza de ônus os quais, quando de sua extinção, não ensejam o fato gerador do ITD, sendo, assim, inconstitucionais o art. 24, inciso III e o art. 42 da Lei Estadual nº 7.174/2015. Inconstitucionalidade que deve ser declarada quanto à expressão “Vida Gerador de Benefício Livre” (VGBL) constante no art. 23, bem como quanto aos arts. 24, inciso III e 42, todos da Lei Estadual nº 7.174/2015. Procedência parcial do pedido (e-doc. nº 2, e-STJ fl. 427/428).

Opostos três embargos de declaração, foram eles rejeitados.

No primeiro recurso extraordinário (e-doc. nº 2, e-STJ fl. 556), fundado na letra **a** do permissivo constitucional, o Estado do Rio de Janeiro sustentou que o Tribunal Local, ao declarar a inconstitucionalidade da incidência do ITCMD na transmissão de importâncias atinentes ao VGBL e do art. 42 da lei impugnada, teria violado o art. 155, inciso I, da Constituição Federal. Disse que o VGBL pode conter cláusula de seguro por sobrevivência, a qual não se confundiria com seguro de vida, que é pago apenas no caso de ocorrência de morte do segurado, e não de sua sobrevivência.

Anotou que o seguro por sobrevivência não é destinado aos herdeiros ou beneficiários, mas ao próprio segurado e que, com o óbito desse, “o capital destinado ao custeio da sobrevivência do autor da herança converte-se em patrimônio que será, sim, objeto de transmissão aos herdeiros”.

Registrou que os herdeiros ou beneficiários recebem apenas o total das contribuições vertidas, acrescido da remuneração do capital acumulado. Destacou que “*tal como o PGBL, também o VGBL é, efetivamente, uma poupança previdenciária, à qual pode eventualmente ser acoplado um seguro por sobrevivência*” (grifo no original).

Consignou que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.121.719/SP, não afirmou que o VGBL não teria natureza de poupança previdenciária nem que esse plano seria seguro de vida. Apontou que a Circular SUSEP nº 339/07 também não afirma ter o VGBL natureza de seguro de vida e que o art. 794 do Código Civil não faz alusão a seguro por sobrevivência.

Reiterou que “a cobertura por morte (*seguro de vida*) é absolutamente inconfundível com a cobertura por sobrevivência” (grifo no original). Aduziu que deve ser reconhecida a constitucionalidade da incidência do ITCMD sobre a transmissão do saldo do VGBL ou, ao menos, conferida a interpretação conforme à Constituição Federal para, sem supressão do texto, excluir-se da incidência do imposto apenas eventual indenização de seguro de vida porventura contratado em conjunto com o VGBL. Sobre o art. 42 da lei questionada, mencionou que esse dispositivo não prevê a incidência do tributo sobre direitos reais, e sim sobre transmissão *causa mortis* ou doação que foi objeto de diferimento sob a legislação já revogada (Lei nº 1.427/89).

No segundo recurso extraordinário (e-doc. nº 3, e-STJ fl. 588), fundado na letra **a** do permissivo constitucional, a Federação Nacional das Empresas de Seguros Privados, de Capitalização e de Previdência Complementar Aberta (FENASEG) defendeu a inconstitucionalidade da incidência do ITCMD na transmissão, para os beneficiários, de importâncias relativas ao PGBL no caso de morte do titular do plano. Aduziu que, nesse plano, o titular paga contribuições durante o período de diferimento, visando à constituição de direito futuro de complementação de aposentadoria. Disse que, até o adimplemento das condições, o titular tem apenas expectativa de direito quanto à cobertura por sobrevivência e que o direito adquirido ao benefício complementar surge quando há a sobrevivência do titular a uma data pré-determinada. Já o direito dos beneficiários só surge com o falecimento do titular do plano. Destacou, assim, haver direitos distintos.

Anotou que, “quando há morte do participante no plano PGBL, há o nascimento de um direito (agora adquirido) ao recebimento, por beneficiário(s) de valores”. Asseverou que o beneficiário faz jus a direito de crédito em face da operadora do plano e que, se houvesse sucessão, seria necessária a abertura de inventário para a alegada transmissão de valores e que não seria possível a livre indicação de beneficiários, sob pena de violação da legítima, passando os beneficiários simplesmente ser titulares do plano previdenciário durante o período de diferimento. Indica não haver nem assunção de dívida nem cessão de crédito no caso, mas “nova relação jurídica que advém da materialização da morte.

Citou, por analogia, o REsp nº 1.132.925/SP, que tratou do seguro de vida. Afirmou que “os recursos aportados em plano PGBL [...] não integram o conceito legal de herança e de transmissão sucessória”. Indicou que a adesão a plano de previdência complementar não se equipara à compra de ativos financeiros (como, *v.g.*, a subscrição de cotas para participação em fundos de investimento).

No terceiro recurso extraordinário (e-doc. nº 3, e-STJ fl. 608), a Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro alegou que o Tribunal Local teria violado os arts. 93, inciso IX; e 125, § 2º, da Constituição Federal. Disse que não houve julgamento da ação direta em confronto direto e analítico en-

tre a norma questionada e o texto constitucional, o que teria descaracterizado essa forma de via de controle de constitucionalidade. Aduziu que a Corte de Origem julgou com base na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e em normas infraconstitucionais. Anotou que as questões levantadas nos autos são de mera legalidade e que a inconstitucionalidade, se ocorresse, seria apenas reflexa ou indireta. Sustentou também que o Tribunal *a quo* não indicou qual foi a afronta à Constituição do Estado do Rio de Janeiro que as normas questionadas provocaram.

O Procurador-Geral da República opinou pelo não conhecimento do recurso extraordinário da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, pelo provimento do recurso extraordinário da Federação Nacional das Empresas de Seguros Privados, de Capitalização e de Previdência Complementar Aberta e pelo provimento parcial do recurso extraordinário do Estado do Rio de Janeiro, para se afastar a inconstitucionalidade do art. 42 da Lei Estadual nº 7.174/15.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Introdução

Cuida-se de três recursos extraordinários interpostos contra acórdão mediante o qual o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, julgando parcialmente procedente a ação direta de inconstitucionalidade local, declarou a inconstitucionalidade da expressão “Vida Gerador de Benefício Livre (VGBL)”, presente no art. 23 da Lei Fluminense nº 7.174, de 28 de dezembro de 2015, bem como dos arts. 24, inciso III, e 42 da citada lei.

No julgado em questão, o Tribunal Local concluiu pela inconstitucionalidade da incidência do ITCMD sobre o repasse para os beneficiários de direitos e valores atinentes ao VGBL na hipótese de morte do titular dos planos e pela constitucionalidade da incidência desse tributo quando em jogo o Plano Gerador de Benefício Livre (PGBL) no mesmo contexto.

Transcrevo os dispositivos da Lei Estadual nº 7.174/15 que interessam à presente controvérsia:

Art. 23. Na transmissão causa mortis de valores e direitos relativos a planos de previdência complementar com cobertura por sobrevivência, estruturados sob o regime financeiro de capitalização, tais como Plano Gerador de Benefício Livre (PGBL) ou *Vida Gerador de Benefício Livre (VGBL)*, para os beneficiários indicados pelo falecido ou pela legislação, a base de cálculo é:

I – o valor total das quotas dos fundos de investimento, vinculados ao plano de que o falecido era titular na data do fato gerador, se o óbito ocorrer antes do recebimento do benefício; ou

II – o valor total do saldo da provisão matemática de benefícios concedidos, na data do fato gerador, se o óbito ocorrer durante a fase de recebimento da renda (grifo nosso).

[...]

Art. 13. São responsáveis pela retenção e recolhimento do imposto:

I – as instituições autorizadas pelo Banco Central do Brasil a operar no mercado de câmbio, nas doações realizadas por meio de transferências financeiras para o exterior e do exterior para o País; e

II – as entidades de previdência complementar, bem como as sociedades seguradoras autorizadas, na hipótese da transmissão *causa mortis* referida no art. 23.

Parágrafo único – Não efetuada a retenção referida no caput deste artigo, o pagamento do imposto pode ser exigido do responsável ou do contribuinte (grifo nosso).

[...]

Art. 42. Por ocasião da extinção de direito real reservado pelo transmitente quando da transmissão da titularidade do bem, realizada anteriormente à produção de efeitos deste artigo, deverá ser paga a segunda parcela do imposto, em complemento à primeira parcela de 50% (cinquenta por cento), recolhida no momento da ocorrência do fato gerador.

O Estado do Rio de Janeiro sustenta a constitucionalidade da incidência do ITCMD em relação ao VGBL na hipótese de morte do titular do plano (art. 23 da Lei Estadual nº 7.174/15), bem como do art. 42 da lei questionada. Já a Federação Nacional das Empresas de Seguros Privados, de Capitalização e de Previdência Complementar Aberta (FENASEG) defende a inconstitucionalidade da incidência do imposto no que diz respeito ao PGBL no referido contexto (morte do titular do plano), disciplinada no art. 23 e no art. 13, inciso II e parágrafo único, da Lei Estadual nº 7.174/15. A Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, por seu turno, alega que o acórdão recorrido carece de fundamentação adequada e que a ação direta não serve para se analisar eventual ofensa reflexa ao texto constitucional.

O presente feito é paradigma do Tema nº 1.214, o qual está assim intitulado: “Incidência do ITCMD sobre o plano Vida Gerador de Benefício Livre (VGBL) e o Plano Gerador de Benefício Livre (PGBL) na hipótese de morte do titular do plano”.

Do Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos

Estabelece o texto constitucional que compete aos estados e ao Distrito Federal instituir o imposto sobre transmissão *causa mortis* e doação de quaisquer bens ou direitos (ITCMD).

No presente caso, importa a incidência do ITCMD considerando a causa morte. Segundo Regina Celi Pedrotti Vespero Fernandes, a palavra transmissão se relaciona com a ideia de sucessão. E, na causa em questão, “sucessão é a transmissão dos bens que uma pessoa natural, ao morrer, deixa a *sucessores*

herdeiros e legatários”¹ (grifo nosso). Há, assim, relação entre tal transmissão e as ideias de heranças e legados.

Preceitua também o texto constitucional caber a lei complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre, entre outros assuntos, os fatos geradores, as bases de cálculo e os contribuintes dos impostos nele discriminados, o que abrange o ITCMD.

Como se sabe, o Código Tributário Nacional (CTN) foi recepcionado como lei complementar. Alguns doutrinadores aduzem que o CTN, no art. 35², dispõe sobre o tributo em questão apenas em parte. Com efeito, na época em que o código foi editado, vigia a Constituição Federal de 1946 com as alterações promovidas pela EC nº 18/65. Na época, o imposto sobre a transmissão de bens imóveis e de direitos a eles relativos tinha, de acordo com o CTN, como um dos fatos geradores a transmissão *causa mortis*. O que vale atentar é para o fato de que esse código também relaciona (como indicou Fernandes) a transmissão *causa mortis* às ideias de heranças e legados: “Nas transmissões *causa mortis*, ocorrem tantos fatos geradores distintos quantos sejam os *herdeiros ou legatários*” (art. 35, parágrafo único).

É preciso realçar, ademais, que o fato de ainda não ter a União editado, à luz da Constituição Cidadã, lei complementar regulamentando o ITCMD, não impede que os estados e o Distrito Federal, com base na competência suplementar (art. 24, § 3º, da Constituição Federal), disciplinem a matéria para atender a suas peculiaridades quando presentes as hipóteses referidas nos incisos I e II do § 1º do art. 155. Apenas nos casos em que estiverem em jogo as hipóteses previstas nas alíneas do inciso III do § 1º do art. 155 da Carta Magna, nas quais há relevantes conexões com o exterior, é que se faz necessária a lei complementar federal dispoendo sobre o assunto para a cobrança do imposto. Sobre esse tema:

Recurso extraordinário. Repercussão geral. Tributário. Competência suplementar dos estados e do Distrito Federal. Art. 146, III, a, CF. Normas gerais em matéria de legislação tributária. Art. 155, I, CF. ITCMD. Transmissão *causa mortis*. Doação. Art. 155, § 1º, III, CF. Definição de competência. Elemento relevante de conexão com o exterior. Necessidade de edição de lei complementar. Impossibilidade de os estados e o Distrito Federal legislarem supletivamente na ausência da lei complementar definidora da competência tributária das unidades federativas. 1. Como regra, no campo da competência concorrente para legislar, inclusive sobre direito tributário, o art. 24 da Constituição Federal dispõe caber à União editar normas gerais, podendo os estados e o Distrito Federal suplementar aquelas, ou, inexistindo normas gerais,

1 FERNANDES, Regina Celi Pedrotti Vespero. *Impostos sobre transmissão causa mortis e doação – ITCMD*. São Paulo: RT, 2002. p. 76.

2 “O imposto de que se cuida, como se sabe, sofreu importantes modificações com o advento da Constituição promulgada em 1988. [...] Considerando que a Constituição é posterior e superior ao CTN, os arts. 35 e seguintes deste devem ser vistos com esse cuidado, e aplicam-se, dentro do possível, tanto ao ITBI como ao ITCD” (MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Código Tributário Nacional: anotações à Constituição, ao Código Tributário Nacional às Leis Complementares 87/1996 e 116/2003*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 173).

exercer a competência plena para editar tanto normas de caráter geral quanto normas específicas. Sobrevindo norma geral federal, fica suspensa a eficácia da lei do estado ou do Distrito Federal. Precedentes. [...]. 3. *A combinação do art. 24, I, § 3º, da CF, com o art. 34, § 3º, do ADCT dá amparo constitucional à legislação supletiva dos estados na edição de lei complementar que discipline o ITCMD, até que sobrevenham as normas gerais da União a que se refere o art. 146, III, a, da Constituição Federal. De igual modo, no uso da competência privativa, poderão os estados e o Distrito Federal, por meio de lei ordinária, instituir o ITCMD no âmbito local, dando ensejo à cobrança válida do tributo, nas hipóteses do § 1º, incisos I e II, do art. 155.* 4. Sobre a regra especial do art. 155, § 1º, III, da Constituição, é importante atentar para a diferença entre as múltiplas funções da lei complementar e seus reflexos sobre eventual competência supletiva dos estados. Embora a Constituição de 1988 atribua aos estados a competência para a instituição do ITCMD (art. 155, I), também a limita ao estabelecer que cabe a lei complementar – e não a leis estaduais – regular tal competência em relação aos casos em que o ‘de cujus possuía bens, era residente ou domiciliado ou teve seu inventário processado no exterior’ (art. 155, § 1º, III, b). 5. *Prescinde de lei complementar a instituição do imposto sobre transmissão causa mortis e doação de bens imóveis – e respectivos direitos –, móveis, títulos e créditos no contexto nacional. Já nas hipóteses em que há um elemento relevante de conexão com o exterior, a Constituição exige lei complementar para se estabelecerem os elementos de conexão e fixar a qual unidade federada caberá o imposto.* 6. [...] 8. Tese de repercussão geral: “É vedado aos estados e ao Distrito Federal instituir o ITCMD nas hipóteses referidas no art. 155, § 1º, III, da Constituição Federal sem a edição da lei complementar exigida pelo referido dispositivo constitucional” [...] (RE nº 851.108/SP, Tribunal Pleno, de *minha relatoria*, DJe de 20/4/21 – grifo nosso).

Feita essa breve digressão sobre o ITCMD e a competência dos estados e do Distrito Federal para a cobrança do imposto, passo a tratar do VGBL e do PGBL.

Das noções sobre o sistema de previdência

Ensina Adacir Reis³ que o sistema de previdência social brasileiro é dividido, basicamente, em regime geral de previdência social, regimes próprios de previdência dos servidores públicos civis e regime de previdência complementar (ou previdência privada, art. 202). O doutrinador diz que há, ainda, outros regimes especiais de previdência, nos quais ele incluiu o dedicado aos militares. Destaca o especialista, ademais, que, no regime de previdência complementar, se enquadra aquele a que se refere o art. 40, § 14, da Constituição Federal, isso é, o regime de previdência complementar dos servidores públicos ocupantes de cargo efetivo.

O presente caso possui conexões com o regime de previdência complementar.

Esse regime tem sede no art. 202 da Constituição Federal, cujo *caput* determina que ele será regulado por meio de lei complementar. O § 4º do referido artigo determina que lei complementar também deve disciplinar a

3 REIS, Adacir. *Curso básico de previdência complementar*. São Paulo: RT, 2014.

relação entre as unidades federadas, inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente, enquanto patrocinadores de planos de benefícios previdenciários, e as entidades de previdência complementar (LC nº 108/01).

A LC nº 109/01 é que dispõe sobre o regime de previdência complementar, nos termos do *caput* daquele art. 202 do texto constitucional. Tal regime é operado por entidades de previdência complementar abertas ou fechadas, as quais têm como objetivo principal instituir e executar planos de benefícios de caráter previdenciário (arts. 2º e 4º). Esses planos devem atender às normas e aos padrões mínimos estabelecidos pelo órgão regulador e fiscalizador (art. 7º).

As entidades abertas de previdência complementar (EAPC) estão sujeitas ao órgão normativo Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) e ao órgão supervisor Superintendência de Seguros Privados (Susep)⁴. Já as entidades fechadas de previdência complementar (EFPC), também conhecidas como fundos de pensão, estão sujeitas ao órgão normativo Conselho Nacional de Previdência Complementar (CNPCC) e ao órgão supervisor Superintendência Nacional de Previdência Complementar (Previc)⁵.

Do plano Vida Gerador de Benefício Livre (VGBL) e do Plano Gerador de Benefício Livre (PGBL)

De acordo com a Susep (órgão supervisor das EAPC), o VGBL⁶ consiste *em seguro de pessoa*⁷.

No âmbito da CNPS (órgão normativo das EAPC), a Resolução CNSP nº 464, de 19 de fevereiro de 2024⁸, traz disciplinas relevantes sobre o plano. Esse diploma dispõe sobre “as regras de funcionamento e os critérios para operação da cobertura por sobrevivência oferecida em plano de seguro de pessoas [...]” (grifo nosso).

Consoante a resolução (art. 5º, inciso X), cobertura por sobrevivência consiste na cobertura que garante o pagamento do *capital segurado*, pela sobrevivência do segurado ao período de acumulação contratado ou à data de início de renda contratada por adesão à oferta de renda, ou pela compra, mediante

4 Para consultar atos normativos: <https://www2.susep.gov.br/safe/bnportal/internet/pt-br/>. Acesso em: 17 out. 2023.

5 Vide página Sistema Financeiro Nacional (SFN), do Banco Central do Brasil (Bacen). Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/sfn>. Acesso em: 17 out. 2023.

6 “Em 2001, o CNSP regulou a criação do VGBL – Vida Gerador de Benefício Livre, por meio da Resolução nº 49/2001 e a SUSEP editou a Circular Susep nº 172/2002, estabelecendo os critérios de funcionamento e de operação da cobertura por sobrevivência oferecida em planos de seguro de vida” (<https://www.gov.br/susep/pt-br/arquivos/arquivos-dos-documentos-e-publicacoes/arquivos-normas-em-consulta-publica/consultas-publicas-passadas-de-2022/cp-27-exposicao-de-motivos.pdf>).

7 SUSEP – SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS. PGBL & VGBL. Disponível em: <https://www.gov.br/susep/pt-br/assuntos/meu-futuro-seguro/seguros-previdencia-e-capitalizacao/providencia-complementar-aberta/pgbl-vgbl>. Acesso em: 17 out. 2023.

8 Disponível em: <https://www2.susep.gov.br/safe/scripts/bnweb/bnmap.exe?router=upload/28107>. Acesso em: 5 jul. 2024.

pagamento único, de renda imediata. *Segurado* é justamente o proponente, cuja inclusão foi aceita, que contrata o plano ou adere a esse (art. 5º, inciso XL), podendo ele ser qualificado (inciso XLI); assistido é a pessoa física em gozo do recebimento do *capital segurado* sob a forma de renda (art. 5º, inciso II); capital segurado é o pagamento a ser efetuado ao assistido ou beneficiário, sob a forma de pagamento único ou de renda (art. 5º, inciso IV); beneficiário é a pessoa física (podendo ser mais de uma) indicada livremente pelo *segurado* para receber o *capital segurado* ou o resgate, na hipótese de seu falecimento, de acordo com a estrutura do plano e na forma prevista em tal resolução (art. 5º, inciso III); resgate é o direito dos *segurados* e, quando tecnicamente possível, dos *beneficiários* de, durante o período de acumulação e na forma regulamentada, retirar os recursos da provisão matemática de benefícios a conceder (art. 5º, inciso XXXIX). Ainda segundo aquela resolução, o VGBL é um dos tipos de planos nos quais há a cobertura por *sobrevivência* (art. 6º).

Já no que diz respeito ao PGBL, a Susep informa que ele consiste em plano de previdência complementar⁹.

No âmbito do CNSP, a Resolução CNSP nº 463, de 19 de fevereiro de 2024¹⁰, dispõe sobre “as regras de funcionamento e os critérios para operação da *cobertura por sobrevivência oferecida em plano de previdência complementar aberta* [...]” (grifo nosso). Os conceitos relevantes para o debate trazidos nessa resolução são basicamente os mesmos existentes na resolução anteriormente citada (relativa ao VGBL), com pequenas distinções. No lugar de “capital segurado”, fala-se em “benefício”; e, no lugar de “segurado”, fala-se em “participante”.

Nessa toada, no âmbito do PGBL, a cobertura por sobrevivência consiste na cobertura que garante o pagamento do *benefício* pela sobrevivência do participante ao período de acumulação contratado ou à data de início de renda contratada por adesão à oferta de renda, ou pela compra, mediante pagamento único, de renda imediata (art. 5º, inciso X); *participante* é o proponente, cuja inscrição foi aceita, que contrata o plano ou adere a esse (art. 5º, inciso XXIV), podendo ele ser qualificado (inciso XXV); assistido é a pessoa física em gozo do recebimento do *benefício* sob a forma de renda (art. 5º, inciso I); benefício é o pagamento a ser efetuado ao assistido ou beneficiário, sob a forma de pagamento único ou de renda (art. 5º, inciso IV); beneficiário é a pessoa física (podendo ser mais de uma) indicada livremente pelo *participante* para receber os valores de *benefício* ou resgate, na hipótese de seu falecimento, de acordo com a estrutura do plano e na forma prevista na resolução em comento (art. 5º, inciso III); resgate é o direito garantido aos

9 SUSEP – SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS. PGBL & VGBL. Disponível em: <https://www.gov.br/susep/pt-br/assuntos/meu-futuro-seguro/seguros-previdencia-e-capitalizacao/providencia-complementar-aberta/pgbl-vgbl>. Acesso em: 17 out. 2023.

10 Disponível em: <https://www2.susep.gov.br/safe/scripts/bnweb/bnmap.exe?router=upload/28103>. Acesso em: 5 jul. 2024.

participantes e beneficiários de, durante o período de acumulação e na forma regulamentada, retirar os recursos da provisão matemática de benefícios a conceder (art. 5º, inciso XLII). De acordo com o art. 6º, o PGBL é um dos tipos de planos nos quais há a cobertura por *sobrevivência*.

Da impossibilidade da incidência do ITCMD sobre o VGBL na hipótese de morte do titular do plano

No que diz respeito ao *VGBL*, já se viu que a Susep e o CNSP, órgãos supervisor e normativo das EAPC, expressamente preveem ter ele natureza de *seguro de pessoa*.

O seguro, conforme estabelece o Código Civil, consiste em contrato no qual o “segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados” (art. 757). No seguro de pessoa, o referido código prevê que “o capital segurado é livremente estipulado pelo proponente, que pode contratar mais de um seguro sobre o mesmo interesse, com o mesmo ou diversos seguradores” (art. 789).

Na hipótese de o próprio segurado-assistido gozar do capital segurado, seja por meio de pagamento único, seja por meio de renda complementar, o VGBL cumpre sua função principal de atuar na cobertura por *sobrevivência* do titular do plano, como bem explicou o Procurador-Geral da República. Contudo, *se o segurado falece, sobressai do VGBL o caráter de seguro de vida, no qual há estipulação em favor de terceiro*.

Pode o segurado indicar *livremente* quem, no caso de seu falecimento, será o beneficiário do capital segurado. É prescindível, assim, que esse seja herdeiro necessário daquele. Aliás, no seguro de vida, “o interesse do segurado não é somente egoístico, qual seja, o de permanecer vivo, como também altruístico, no intuito de proteger a família e os *entes que lhe estão próximos*”¹¹ (grifo nosso), como ensina Venosa. Para Sílvio Rodrigues, nesse contrato, o segurado deseja “assegurar a sobrevivência e o bem-estar de sua família *ou de outras pessoas que lhe são caras*”¹² (grifo nosso).

Muito embora o direito dos beneficiários do VGBL surja em razão do falecimento do titular do plano, isso não se confunde com o que se conhece por transmissão **causa mortis**. Com a ocorrência daquele evento, surge para o beneficiário direito próprio decorrente de contrato, e não de transferência do patrimônio do *de cuius*. O evento morte é imprescindível para o repasse de

11 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 806.

12 RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 346.

direitos e valores aos beneficiários, mas isso não quer dizer que a situação se enquadre no conceito de transmissão *causa mortis* própria do direito sucessório.

Sobressaindo do VGBL o caráter de *seguro de vida com estipulação em favor de terceiro*, no caso de falecimento do titular do plano, aplica-se a compreensão de que não consistem o direito e os valores recebidos pelos beneficiários em herança ou legado.

A propósito, vale ressaltar que, consoante o Código Civil, o capital estipulado no seguro de vida ou de acidentes pessoais para o caso de morte “não está sujeito às dívidas do segurado, *nem se considera herança para todos os efeitos de direito*” (art. 794). Em comentários a essa disciplina, Godoy leciona que, ocorrido o sinistro, “o capital segurado pertence a um beneficiário que é necessariamente um terceiro”¹³ e, “tratando-se de valor pertencente ao beneficiário, não se sujeita às dívidas do segurado nem se considera herança”.

Vai na mesma direção o art. 79 da Lei nº 11.196/05, o qual estabelece que, no caso de morte do segurado de plano de seguro de vida com cláusula de cobertura por sobrevivência, ofertado por meio de fundo de investimento referido no art. 76, os beneficiários podem, “independentemente da abertura de inventário ou procedimento semelhante”, optar pelo resgate das quotas ou pelo recebimento de benefício de caráter continuado previsto em contrato.

Por ser esclarecedor, transcrevo o inteiro teor dos citados dispositivos:

Código Civil:

Art. 794. No seguro de vida ou de acidentes pessoais para o caso de morte, o capital estipulado não está sujeito às dívidas do segurado, nem se considera herança para todos os efeitos de direito.

Lei nº 11.196/05:

Art. 76. As entidades abertas de previdência complementar e as sociedades seguradoras poderão, a partir de 1º de janeiro de 2006, constituir fundos de investimento, com patrimônio segregado, vinculados exclusivamente a planos de previdência complementar ou a *seguros de vida com cláusula de cobertura por sobrevivência*, estruturados na modalidade de contribuição variável, por elas comercializados e administrados.

[...]

Art. 79. No caso de *morte* do participante ou *segurado* dos planos e *seguros* de que trata o art. 76 desta Lei, os seus beneficiários poderão optar pelo resgate das quotas ou pelo recebimento de benefício de caráter continuado previsto em contrato, *independentemente da abertura de inventário ou procedimento semelhante* (grifo nosso).

Inexistindo transmissão *causa mortis* no repasse de direitos e valores para os beneficiários, no caso do falecimento do titular do VGBL, não se pode falar em incidência do ITCMD.

13 GODOY, Claudio Luiz Bueno. Comentário ao art. 794. In: PELUSO, Cezar (coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. Barueri: Manole, 2018. p. 797.

Doutrinadores especializados¹⁴ também entendem pela aplicação do art. 794 do Código Civil e afastam o imposto do VGBL no referido contexto, destacando, v.g., o caráter securitário do VGBL (em que está presente, de maneira inequívoca, a álea¹⁵); e o fato de ele estar baseado em “técnicas atuariais, que consideram elementos como a tábua biométrica e outros que dependem de evolução estatística populacional e afins, além de uma política de investimentos estritamente regulada” (p. 1044).

Aduzem eles, ainda, que eventuais contribuições vultosas, realizadas pelo segurado, não podem, por si sós, servir de argumento para se afastar esse dispositivo. Em síntese, dizem que não há norma que impeça contribuições como essas e que existem mecanismos no sistema jurídico capazes de, caso a caso, serem invocados para combater má-fé ou fraude. Sobre a segregação e a incolumidade aplicáveis ao VGBL, lembram que, até o falecimento do titular do plano, haveres foram manejados pela entidade de previdência com o objetivo de capitalizá-los e protegê-los dos efeitos de diversas variáveis “próprias do regime atuarial e financeiro desses contratos” (p. 1052). E esclarecem que com a morte é que nasce para tal entidade “o dever jurídico, abatidos os *quanta* contratualmente definidos [...], de pagar os valores a quem for o beneficiário” (p. 1052).

Corroborando o entendimento pela impossibilidade da incidência do ITCMD em relação ao VGBL, no caso de morte do titular o plano, menciono o REsp nº 1.961.488/RS, Rel. Min. *Assusete Magalhães*, ao qual fiz referência em minha manifestação sobre a repercussão geral. Tal julgado foi assim ementado:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ITCMD. VALORES RECEBIDOS POR BENEFICIÁRIO DE PLANO VGBL INDIVIDUAL – VIDA GERADOR DE BENEFÍCIO LIVRE, EM DECORRÊNCIA DA MORTE DO SEGURADO. NÃO INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 280 E 284/STF E 5 E 7/STJ. NATUREZA LEGAL DA CONTROVÉRSIA. PLANO VGBL. NATUREZA DE SEGURO DE VIDA. NÃO INCIDÊNCIA DO ITCMD. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO.

[...]

V – Alguns Estados editaram leis prevendo expressamente a incidência do ITCMD sobre o VGBL. Em casos tais, não cabe a esta Corte Superior verificar a compatibilidade da lei local com a lei federal. Com efeito, “nos casos

14 FERREIRA, Antonio Carlos; RODRIGUES JR., Otavio Luiz; ADAMEK, Carlos V. von. Natureza jurídica do VGBL no marco da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. In: RODRIGUES JR., Otavio Luiz; SOUSA, Jadson Santana de (coord.). *Direito federal interpretado: estudos em homenagem ao Ministro Humberto Martins*. Cotia: GZ Editora, 2024. p. 1043-1059.

15 De acordo com Sílvio Rodrigues: “Aleatórios são os contratos em que o montante da prestação de uma ou de ambas as partes não pode ser desde logo previsto, por depender de um risco futuro, capaz de provocar sua variação. [...] Essa álea pode ser total ou parcial, isto é, a desproporção entre as prestações pode ser absoluta ou relativa. Ela é absoluta quando alguém oferece sua prestação sem nada receber em troca [...]. A álea é relativa quando, embora desproporcionados os montantes, cada uma das partes fornece alguma prestação” (RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 124-125).

em que há conflito entre lei local e lei federal, a questão só pode ser resolvida pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos da EC 45/2004, que passou para a Corte Suprema a competência para apreciar, em Recurso Extraordinário, as decisões que julgarem válida lei local contestada em face de lei federal (art. 102, III, d da CF)” (STJ, AgInt no AREsp 1.588.963/RJ, Rel. Ministro MA-NOEL ERHARDT (Desembargador Federal convocado do TRF/5ª Região), PRIMEIRA TURMA, DJe de 20/05/2021). Isso não se dá, porém, no caso concreto, em que a legislação estadual, como transcrita no acórdão recorrido, é genérica, prevendo a incidência do ITCMD sobre a) propriedade ou domínio útil de bens imóveis e de direitos a eles relativos; e b) bens móveis, títulos e créditos, bem como dos direitos a eles relativos, além de ela não ter sido debatida, no aresto recorrido, que dela não extraiu fundamento para a sua conclusão.

[...]

VII – A par das razões técnicas acima apontadas, o conhecimento do Apelo traz vantagens institucionais. A controvérsia tem potencial multiplicador e pode ensejar decisões divergentes nos diversos Tribunais de Justiça do país. Prova disso é o acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, apontado como paradigma, no Recurso Especial. Desse modo, o julgamento do mérito, por este Superior Tribunal de Justiça, permite o incremento de segurança jurídica, seja qual for o resultado, ao mercado financeiro, setor da atividade econômica que presumivelmente movimentará cifras elevadas, contribuindo para o desenvolvimento nacional.

VIII – Consoante esclarece a Superintendência de Seguros Privados – SUSEP, autarquia federal vinculada ao Ministério da Economia, responsável pelo controle e fiscalização dos mercados de seguro, previdência privada aberta, capitalização e resseguro, “o VGBL Individual – Vida Gerador de Benefício Livre é um seguro de vida individual que tem por objetivo pagar uma indenização, ao segurado, sob a forma de renda ou pagamento único, em função de sua sobrevivência ao período de diferimento contratado”.

IX – Não é outro o entendimento da Quarta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, para a qual o VGBL “tem natureza jurídica de contrato de seguro de vida” (AgInt nos EDcl no AREsp 947.006/SP, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (Desembargador Federal convocado do TRF/5ª Região), QUARTA TURMA, DJe de 21/05/2018). No julgamento do AgInt no AREsp 1.204.319/SP – no qual a Corte de origem concluiu pela natureza securitária do VGBL, não podendo ele ser incluído na partilha –, a Quarta Turma do STJ fez incidir a Súmula 83/STJ, afirmando que “o entendimento da Corte Estadual está em harmonia com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema. Incidência da Súmula 83 do STJ” (STJ, AgInt no AREsp 1.204.319/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJe de 20/04/2018).

X – Embora tratando de questão tributária diversa, a Segunda Turma do STJ, no REsp 1.583.638/SC (Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe de 10/08/2021), já teve a oportunidade de assentar que o plano VGBL constitui espécie de seguro. Também tratando de questão diversa, a saber, a constitucionalidade da cobrança de alíquotas diferenciadas de CSLL para empresas de seguros, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 5.485/DF (Rel. Ministro LUIZ FUX, TRIBUNAL PLENO, DJe de 03/07/2020), já teve a oportunidade de afirmar, em obiter dictum, a natureza securitária do VGBL.

XI – Assim, não apenas a jurisprudência reconhece a natureza de seguro do plano VGBL, mas também a própria agência reguladora do setor econômico classifica-o como espécie de seguro de vida. Resta evidente, pois, que os valores a serem recebidos pelo beneficiário, em decorrência da morte do segurado contratante de plano VGBL, não se consideram herança, para todos os efeitos de direito, como prevê o art. 794 do CC/2002. Nesse sentido: STJ, AgInt nos EDcl no REsp 1.618.680/MG, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, DJe de 11/09/2018; AgInt nos EDcl no AREsp 947.006/SP, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (Desembargador Federal convocado do TRF/5ª Região), QUARTA TURMA, DJe de 21/05/2018.

XII – Reforça tal compreensão o disposto no art. 79 da Lei 11.196/2005, segundo o qual, no caso de morte do segurado, “os seus beneficiários poderão optar pelo resgate das quotas ou pelo recebimento de benefício de caráter continuado previsto em contrato, independentemente da abertura de inventário ou procedimento semelhante”.

XIII – Não integrando a herança, isto é, não se tratando de transmissão causa mortis, está o VGBL excluído da base de cálculo do ITCMD. Nessa linha, a Resposta à Consulta Tributária 5.678/2015, em que o Fisco paulista conclui pela não incidência do ITCMD, na espécie.

XIV – Registre-se que, em precedentes recentes, a Terceira Turma do STJ tem reconhecido a natureza de “investimento” dos valores aportados ao plano VGBL, durante o período de diferimento, assim entendido “o período compreendido entre a data de início de vigência da cobertura por sobrevivência e a data contratualmente prevista para início do pagamento do capital segurado” (art. 5º, XXI, da Resolução 140/2005, do Conselho Nacional de Seguros Privados), de modo que seria possível a sua inclusão na partilha, por ocasião da dissolução do vínculo conjugal. Reconhece, ainda, que “a natureza securitária e previdenciária complementar desses contratos é marcante, no momento em que o investidor passa a receber, a partir de determinada data futura e em prestações periódicas, os valores que acumular ao longo da vida”. Nesse sentido: STJ, REsp 1.880.056/SE, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJe de 22/03/2021; REsp 1.698.774/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJe de 09/09/2020.

XV – O aludido entendimento, contudo, não parece contradizer a tese ora esposada. Primeiro, porque ali estava em questão, não o art. 794, mas o art. 1.659, VII, do CC/2002, que dispõe sobre os bens excluídos do regime da comunhão parcial de bens. Em segundo lugar, porque, com a morte do segurado, sobreleva o caráter securitário do plano VGBL, sobretudo com a prevalência da estipulação em favor do terceiro beneficiário, como deixa expresso o art. 79 da Lei 11.196/2005.

XVI – Não se descarta a hipótese em que o segurado pratique atos ou negócios jurídicos com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do ITCMD. Nesse caso, incumbe à Administração tributária comprovar a situação e efetuar o lançamento tributário, nos termos do parágrafo único do art. 116 do CTN. Isto, porém, não foi o que ocorreu, na espécie, não tendo o Estado agitado qualquer alegação nesse sentido.

XVII – Recurso Especial conhecido e improvido” (REsp nº 1.961.488/RS, Segunda Turma, Relatora a Ministra Assusete Magalhães, DJe de 17/11/21).

Em síntese, nesse caso, o Superior Tribunal de Justiça debatia, à luz do art. 794 do Código Civil, se o ITCMD poderia incidir sobre o VGBL na hipótese de falecimento do titular do plano. A conclusão da Corte Superior foi pela impossibilidade dessa tributação. A Relatora destacou que a Susep, a CNSP (Resolução nº 140/05) e a própria jurisprudência daquela Corte consideraram ter o VGBL natureza de seguro de vida, sendo imprescindível, assim, a observância daquele dispositivo do Código Civil. E realçou: “*não integrando a herança, isto é, não se tratando de transmissão causa mortis, está o VGBL excluído da base de cálculo do ITCMD*” (grifo nosso).

Outros julgados da Corte Superior corroboram essa orientação: AgInt no AgInt no AResp nº 1.766.626/RS, Segunda Turma, Relator o Ministro *Mauro Campbell Marques*, DJe de 29/4/22; AgInt no AgInt no AResp nº 1.797.886/RS, Segunda Turma, Relator o Ministro *Herman Benjamin*, DJe de 12/4/22; AgInt no AResp nº 1.676.655/RS, Relator o Ministro *Og Fernandes*, DJe de 25/2/22; AgInt no AResp nº 1.748.288/RS, Segunda Turma, Relator o Ministro *Francisco Falcão*, DJe de 15/12/21; AgInt no AResp nº 1.847.351/RS, Primeira Turma, Relator o Ministro *Manoel Erhardt* (Desembargador convocado do TRF5), DJe de 14/10/21.

Diversos Tribunais de Justiça do país têm ido na mesma direção, impossibilitando a incidência do ITCMD em relação ao VGBL, no caso de falecimento do titular do plano¹⁶.

Acrescento ainda que, ao menos no Estado de São Paulo, há consultas tributárias respondidas nas quais o Fisco também reconheceu a impossibilidade da tributação em comento, considerando, entre outros argumentos, o caráter securitário do VGBL (seguro de vida, considerando-se o caso de falecimento do titular) e a ausência do fato gerador do imposto (os valores, à luz das leis federais, não se submeteriam às regras normais de sucessão e herança)¹⁷.

16 *Vide*, por exemplo, os seguintes casos: a) *TJRS*: Recurso Inominado, nº 50022433420228210086, Terceira Turma Recursal da Fazenda Pública, Turmas Recursais, Relator: Laura de Borba Maciel Fleck, Julgado em: 28-04-2023; Recurso Cível, nº 71010404739, Terceira Turma Recursal da Fazenda Pública, Turmas Recursais, Relator: Sylvio José Costa da Silva Tavares, Julgado em 5/4/23; b) *TJPR*: 1ª Câmara Cível – 0003154-55.2020.8.16.0179 – Curitiba – Rel.: Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau Fernando Cesar Zeni – J. 11.04.2022; 3ª Câmara Cível – 0003895-09.2018.8.16.0004 – Curitiba – Rel.: Desembargador Jorge de Oliveira Vargas – J. 04.06.2020; c) *TJMG*: Apelação Cível 1.0000.24.237522-8/001, Relator(a): Des.(a) Juliana Campos Horta, 1ª Câmara Cível, julgamento em 25/06/2024, publicação da súmula em 26/06/2024; Apelação Cível 1.0000.22.259569-6/001, Relator(a): Des. (a) Luís Carlos Gambogi, 5ª Câmara Cível, julgamento em 16/02/2023, publicação da súmula em 16/02/2023; c) *TJES*: Apelação Cível 0019475-07.2019.8.08.0024, Câmaras Cíveis Reunidas, Magistrado: Ewerton Schwab Pinto Junior, 25/5/23; d) *TJPE*: Apelação Cível 0040837-07.2016.8.17.2001, Rel. Abelardo Tadeu da Silva Santos, Gabinete da 2ª Vice Presidência Segundo Grau, julgado em 09/11/2022; e) *TJCE*: Apelação/Remessa Necessária 0232077-38.2020.8.06.0001, Rel. Desembargador(a) Francisco Luciano Lima Rodrigues, 3ª Câmara Direito Público, data do julgamento: 30/10/2023, data da publicação: 31/10/2023; Apelação Cível 0167151-19.2018.8.06.0001, Rel. Desembargador(a) Maria Iracema Martins do Vale, 3ª Câmara Direito Público, data do julgamento: 23/10/2023, data da publicação: 23/10/2023.

17 SEFAZ/SP Respostas às consultas tributárias 1636/2013, de 12 de junho de 2013; 2074/2013, de 20 de setembro de 2013; 2597/2014, de 14 de fevereiro de 2014; 2740/2014, de 06 de março de 2014; 5678/2015, de 24 de agosto de 2015. SEFAZ/SP. Disponível em: <https://legislacao.fazenda.sp.gov.br/Paginas/Home.aspx>. Acesso em: 20 ago. 2024.

Da impossibilidade da incidência do ITCMD sobre o PGBL na hipótese de morte do titular do plano

Em relação ao PGBL, os órgãos supervisor e normativo das EAPC indicam ter ele natureza de plano de previdência complementar. Não obstante essa classificação, julgo que também não pode o ITCMD incidir sobre repasse ao beneficiário de direitos e valores relativos ao PGBL no caso de morte do titular do plano.

De início, é importante afastar qualquer argumentação no sentido de que a incidência do imposto seria admitida pelo fato de PGBL se equiparar a fundos especulativos existentes no mercado financeiro. Tal equiparação é indevida, considerando o contexto que estamos julgando.

Especialistas¹⁸ no assunto apontam que os seguintes elementos existentes no contexto do PGBL evidenciarão tal diferença: a cesta de títulos que compõem o fundo de investimento especialmente constituído (FIE) tem controle regulatório; os participantes do plano assumem riscos em relação a externalidades econômicas, biométricas e estatístico- atuariais; a existência de regimes tributários diferenciados para planos de previdência; a ausência de garantias mínimas de rentabilidade.

Quanto à externalidades, apontam que o PGLB pode ser impactado (i) pela inflação ou deflação, (ii) pelas tábuas biométricas (tábuas ou tabelas de mortalidade; tábuas ou tabelas de sobrevivência; tábuas ou tabelas atuariais) e (iii) pela evolução da taxa de juros. Sobre a primeira externalidade, referem que a inflação ou a deflação pode ensejar “incapacidade de se manter ‘apropriadamente o padrão médio de consumo das famílias’, quando comparada a contribuição e o benefício”. Em relação à segunda externalidade, aquelas tábuas em alusão consistiriam em instrumentos atuariais relacionados com a estipulação de taxa de mortalidade de uma população definida, num determinado íterim. Elas, segundo os especialistas, sofrem alterações com o passar do tempo, em razão de causas diversas, como, v.g., o surgimento da COVID-19. Segundo eles, tábuas desatualizadas podem provocar gravíssimas consequências negativas em sistemas previdenciários. Nesse contexto, citam a crise dos fundos de pensão da década de noventa.

De acordo com os referidos doutrinadores, essa vinculação às tábuas biométricas e seu impacto global no plano já seriam suficientes “para distinguir o PGBL de uma aplicação financeira ordinária ou de um instrumento de planejamento sucessório elisivo das normas tributárias”. Relembrem, ainda, eles que tais tábuas dependem de diversas variáveis, como sobrevivência/mortalidade

18 RODRIGUES JR., Otavio Luiz; VON ADAMEK, Carlos V.; LEONARDO, Rodrigo Xavier. PGBL: natureza jurídica, estrutura atuarial e direito sucessório. In: MENDES, Gilmar Ferreira; LIRA, Daiane Nogueira de; FREIRE, Alexandre (coord.). *Constituição, democracia e diálogo: 15 anos de Jurisdição Constitucional do Ministro Dias Toffoli*. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 1305-1323.

de pessoas válidas e inválidas, da entrada em invalidez, do número de filhos e da idade desses. Anotam também que as fórmulas atuariais, além de considerarem a sobrevivência do participante, podem incluir aspectos outros, como a morte do indivíduo, a reforma por velhice ou por incapacidade, sua saída de uma empresa. No PGBL, as dificuldades na formulação seriam maiores em comparação com os planos ofertados por um fundo de pensão, que tem um público mais homogêneo do que o abarcado por uma EAPC.

Em suma, não há que se falar em equiparação do PGBL a fundos especulativos existentes no mercado financeiro para fins de incidência do ITCMD, no caso de morte do titular do plano.

Ademais, tal como indiquei no capítulo anterior quanto ao VGBL, o PGBL cumpre sua função principal (cobertura por *sobrevivência*) quando o participante-assistido goza do benefício. De outro giro, *se o titular do plano falece, sobressai do PGBL (tal como no VGBL) o caráter de seguro de vida, no qual há estipulação em favor de terceiro*. Insta lembrar que, *também no PGBL, pode o participante indicar livremente o beneficiário* que receberá os valores de benefício ou resgate. Não é necessário que esse seja herdeiro legal daquele.

Sobrelevando o caráter de seguro de pessoa também no PGBL, no caso de falecimento do titular do plano, igualmente aqui se aplica aquela ideia constante do art. 794 do Código Civil, isso é, as importâncias repassadas aos beneficiários não integram o inventário do de cujus. Confirma esse racional o art. 79 da Lei nº 11.196/05, segundo o qual, no caso de morte do participante de plano de previdência complementar ofertado por meio de fundo de investimento referido no art. 76 os beneficiários podem, *“independentemente da abertura de inventário ou procedimento semelhante”, optar pelo resgate das quotas ou pelo recebimento de benefício de caráter continuado previsto em contrato*.

Corroborando o entendimento, os especialistas¹⁹ já referidos argumentam que, não obstante o VGBL seja classificado como seguro e o PGBL como previdência complementar, os planos convergem para um regime jurídico securitário que afasta a disciplina do regime sucessório. Aduzem que parte relevante da doutrina civilista²⁰ vai nesse sentido e, ainda nesse contexto, indicam que o art. 73 da LC nº 109/01 prevê a aplicação das normas de seguro privado às EAPC,

19 RODRIGUES JR., Otavio Luiz; VON ADAMEK, Carlos V.; LEONARDO, Rodrigo Xavier. PGBL: natureza jurídica, estrutura atuarial e direito sucessório. In: MENDES, Gilmar Ferreira; LIRA, Daiane Nogueira de; FREIRE, Alexandre (coord.). *Constituição, democracia e diálogo: 15 anos de Jurisdição Constitucional do Ministro Dias Toffoli*. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 1305-1323.

20 Citaram: MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. A previdência privada como instrumento de planejamento sucessório. *Pensar*, v. 25, n. 14, p. 1-13, jan./mar. 2020, p. 9; NEVARES, Ana Luiza Maia. Os planos de previdência privada (VGBL e PGBL) na perspectiva familiar e sucessória: critérios para sua compatibilização com a herança e a meação. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, v. 28, p. 257-274, abr./jun. 2021, p. 268; GIRARDI, Viviane; MOREIRA, Luana Maniero. A previdência privada aberta como instrumento ao planejamento sucessório. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 644-645.

no que couber²¹. Eles ainda fazem menção ao 11º Relatório de Análise e Acompanhamento dos Mercados Supervisionados de 2023, que, reproduzindo ideia presente em relatório anterior, indicou que “o VGBL possui características que, do ponto de vista econômico, se assemelham às dos produtos de acumulação, como o PGBL”. E concluem ser inevitável, também para o PGBL, a aplicação do já citado art. 794 do Código Civil, afastando a incidência do ITCMD.

O trecho a seguir sintetiza os principais argumentos utilizados pelos juristas em questão para afastar esse imposto quanto ao PGBL (e ao VGBL), no caso de falecimento do titular do plano:

O Direito Civil, sob essa óptica, é reflexivo da natureza atuarial do PGBL, a saber: (a) um plano de previdência privada complementar e aberta; (b) que, no período de diferimento, tem a remuneração da Provisão Matemática de Benefícios a Conceder suportada na rentabilidade da carteira de investimentos do FIE, cuja composição é estritamente controlada por normas regulatórias; (c) todos os recursos alocados para lastrear as reservas técnicas empregam-se em investimentos sem garantia de remuneração mínima e de atualização; (d) atuarialmente, em regra, a contribuição é variável e os benefícios não são definidos ex ante. Essa conexão do PGBL, assim como do VGBL, com a estrutura securitária do arranjo negocial, dá-se em razão de questões próprias ao Direito Privado: a álea é o núcleo do PGBL e do VGBL. Não há comutatividade entre a alocação de haveres lastreadores e os benefícios a serem recebidos. Inexiste o controle pelo participante ou pela operadora sobre a rentabilidade do FIE ou a estabilidade da operação. E isso não ocorre por efeitos próprios do mercado de renda fixa, mas pela existência de um fator adicional de perturbação da previsibilidade do PGBL [...]: as externalidades econômicas, atuariais, estatísticas e judiciais, que não se verificam total ou parcialmente em aplicações financeiras ordinárias.

Outro ponto de contato entre o VGBL e o PGBL: os riscos biométricos são tão prejudiciais ao arranjo securitário-previdenciário quanto as oscilações típicas das carteiras de investimentos do respectivo plano. Além disso, a taxa de juros, o tempo de diferimento (acumulação) e as variações biométricas expõem ambos os planos a um nível de incerteza que só é agravado pelos efeitos de políticas macroeconômicas ou de política regulatórias cambiantes. [...]

Quanto aos efeitos sucessórios, o PGBL favorece-se de sua especificidade securitário-previdenciária, assim como o VGBL, por ultrapassarem o caráter bilateral da relação entre duas partes contratantes. Há o elemento do mutualismo, que converte os haveres lastreadores das reservas técnicas em uma espécie de garantia global da solvabilidade do plano e do pagamento dos benefícios. É correta a afirmação, baseada no art. 794 do Código Civil, de que ‘o capital estipulado, a rigor, consiste, por um lado, em obrigação do segurador e, por outro lado, o direito ao crédito do beneficiário. Exatamente por isso que não há incidência do imposto de transmissão causa mortis’.

Outras características do PGBL podem ser mobilizadas para sustentar a não incidência do ITCMD sobre suas operações: (a) os benefícios devidos após o evento morte do titular do plano serão pagos às pessoas indicadas na apólice. Tal liberdade de eleição aproxima o PGBL, nesta cláusula, da estipulação em

21 “Art. 73. As entidades abertas serão reguladas também, no que couber, pela legislação aplicável às sociedades seguradoras”.

favor de terceiro do art. 436 do Código Civil; (b) a já mencionada origem normativa comum, a Lei Complementar no 109/2001, especialmente seu art. 73; (c) tanto o VGBL quanto o PGBL são “planos por sobrevivência” deferentes de benefícios de renda; (d) “o plano previdenciário é tipo especial de seguro, o que se confirma pela decisão do STF no RE nº 115.308-3/RJ, razão pela qual incide o disposto no art. 777 do CC/2002, o qual prevê que o disposto naquele capítulo (pertinente a seguro) somente é aplicável no que couber ao seguro regido por lei própria”²².

Acrescente-se a essas considerações o que aduziu o Desembargador *Luiz Antônio Araújo Mendonça*, do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade Estadual nº 201800106463.

Na linha do que sustentou a Fenaseg, Sua Excelência ressaltou que, no âmbito do PGBL, não ocorre transmissão de patrimônio enquadrável no contexto do direito sucessório do *de cuius* para o beneficiário. Com o falecimento do titular do plano, *o beneficiário passar a ter direito adquirido a um crédito contra a EAPC, decorrente de direito contratual, e não de direito sucessório*. Transcrevo passagem do voto de Sua Excelência:

Na previdência complementar sob a modalidade PGBL, no entanto, não ocorre a transmissão de patrimônio do *de cuius*. [...] até o adimplemento das condições de elegibilidade, o titular do plano possui uma mera expectativa, que se converte em direito adquirido no marco determinado; ou seja, o beneficiário, por sua vez, somente adquire qualquer direito com a morte do participante do plano, mas ele não herda esse direito; nasce para ele um crédito, decorrente de direito contratual, e não sucessório.

A dois, como dissemos, porque não há qualquer transmissão de direitos, tanto que não é facultada, por exemplo, a transmissão da titularidade do plano para o beneficiário. Morto o titular, surge para o beneficiário indicado, contratualmente, o direito a um crédito, equivalente ao valor acumulado com as contribuições pagas pelo titular.

Ao fim, porque o titular pode, inclusive, indicar qualquer pessoa como beneficiário do plano, independentemente de sucessão legítima ou testamentária. A imaginar que os planos de previdência privada estivessem sujeitos à incidência do ITCMD, seria necessário que os valores acumulados fossem transmitidos aos herdeiros do titular, pelas regras de sucessão hereditária ou testamentária²³.

O Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, em sede de ação direta de inconstitucionalidade estadual (nº 0805225-76.2020.8.15.0000)²⁴, também já

22 RODRIGUES JR., Otavio Luiz; VON ADAMEK, Carlos V.; LEONARDO, Rodrigo Xavier. PGBL: natureza jurídica, estrutura atuarial e direito sucessório. In: MENDES, Gilmar Ferreira; LIRA, Daiane Nogueira de; FREIRE, Alexandre (coord.). *Constituição, democracia e diálogo: 15 anos de Jurisdição Constitucional do Ministro Dias Toffoli*. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 1305 1323.

23 Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Acórdão nº 201820993. Ação direta de inconstitucionalidade. Processo nº 201800106463. Disponível em: https://www.tjse.jus.br/tjnet/jurisprudencia/relatorio.wsp?tmp_numprocesso=201800106463&tmp_numacordao=201820993&tmp.expressao=. Acesso em: 18 out. 2023.

24 Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. Ação direta de inconstitucionalidade. Processo nº 0805225-76.2020.8.15.0000. Disponível em: <https://pje-jurisprudencia.tjpb.jus.br/jurisprudencia/view/AXqdmHIYnwDqLYGXDWz2?words=>. Acesso em: 22 ago. 2024.

reconheceu a inconstitucionalidade da incidência do ITCMD de “transmissão” de valores e direitos relativos a PGBL, no caso de falecimento do titular do plano.

Na mesma linha do que já foi exposto, o Tribunal local, para chegar a tal conclusão, considerou que, na hipótese, sobressai o caráter securitário, e que os valores decorrentes do plano não são considerados herança para efeito de direito. O Redator do acórdão, Desembargador *Joás de Brito Pereira Filho*, enfatizou que, na espécie, inexistente transmissão *causa mortis* própria do direito sucessório, sendo certo que o direito dos beneficiários surge em razão de vínculo contratual. E lançou argumentos que convergem para aqueles acima transcritos, utilizados no controle concentrado de constitucionalidade estadual no âmbito do tribunal sergipano.

Também é possível encontrar em outros Tribunais de Justiça julgados, em casos concretos, assentando a impossibilidade da tributação em comento²⁵.

Registre-se, ainda que, ao menos no Estado de São Paulo, já houve resposta a consulta tributária na qual o Fisco assentou a impossibilidade da incidência do ITCMD em relação ao VGBL e ao PGBL, no caso de falecimento do titular dos planos, ressaltando, entre outros pontos, que sobressai o caráter de seguro de vida em tal contexto e que é aplicável o art. 794 do Código Civil²⁶.

Em suma, compartilho do entendimento do douto Procurador-Geral da República, para quem o PGBL e o VGBL, quando contratados em favor dos próprios titulares, garantem “ao assistido/segurado [titular] o pagamento de renda complementar à da aposentadoria”; e, no que diz respeito às importâncias vertidas aos beneficiários, o PGBL e o VGBL “passam a cumprir *finalidade acessória e a funcionar como verdadeiro seguro de pessoa/vida*” (grifo nosso).

Nessa toada, o ITCMD não incide sobre os direitos e os valores repassados aos beneficiários no caso de falecimento do titular do VGBL ou do PGBL. É, assim, inconstitucional o art. 23 Lei Fluminense nº 7.174/15 também no que diz respeito ao PGBL (lembrando que o Tribunal de Origem já reconheceu a inconstitucionalidade do dispositivo quanto ao VGBL).

Antes de passar para a análise da outra matéria debatida nos autos (art. 42 da lei impugnada), abro o tópico a seguir para versar sobre a possibilidade de o Fisco combater a dissimulação do fato gerador do ITCMD.

25 *Vide*, por exemplo, os seguintes casos: a) *TJRS*: Embargos de Declaração em Apelação Cível, nº 50006183920208210084, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: *Francisco José Moesch*, Julgado em: 18-11-2021; Apelação/Remessa Necessária, nº 50548814220218210001, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: *João Barcelos de Souza Junior*, Julgado em: 27-10-2021; Apelação/Remessa Necessária, nº 50887526320218210001, Primeira Câmara Cível, Relatora: *Maria Isabel de Azevedo Souza*, Julgado em: 29-04-2022; b) *TJMG*: Ap Cível/Rem Necessária 1.0000.23.328230-0/001, Relatora: Des^a *Juliana Campos Horta*, 1ª Câmara Cível, julgamento em 05/06/2024, publicação da súmula em 11/06/2024; Ap Cível/Rem Necessária 1.0000.23.199763-6/001, Relator: Des. *Versiani Penna*, 19ª Câmara Cível, julgamento em 08/02/2024, publicação da súmula em 16/02/2024.

26 SEFAZ/SP Resposta à consulta tributária 1625/2013, de 12 de junho de 2013. Disponível em: https://legislacao.fazenda.sp.gov.br/Paginas/RC1625_2013.aspx. Acesso em: 20 ago. 2024.

Da possibilidade de se combater a dissimulação

Como registrado acima, entendo que o ITCMD não pode incidir em relação ao VGBL ou ao PGBL, no caso de falecimento do titular do plano. Isso, contudo, *não impede que o Fisco combata eventuais dissimulações do fato gerador do imposto, criadas mediante planejamento fiscal abusivo.*

Essas atitudes ilícitas, evidentemente, contrariam o dever fundamental de pagar tributos. Como já anotei em outra oportunidade (**vide** ADI nº 2.859/DF), José Casalta Nabais, no livro “O Dever Fundamental de Pagar Impostos”, demonstra, em síntese, que, no Estado contemporâneo – o qual é, essencialmente, um Estado Fiscal, entendido como aquele que é financiado majoritariamente pelos impostos pagos por pessoas físicas e jurídicas – pagar imposto é um dever fundamental.

Na doutrina brasileira, vale mencionar os estudos de Marciano Buffon²⁷, que, se debruçando sobre a conceito em referência, destacou a importância do dever fundamental de pagar tributos numa sociedade que se organiza sob as características do Estado Social – como é o caso do Brasil –, pois, nesse modelo, o Estado tem o dever de assegurar a todos uma existência digna, o que pressupõe a concretização de direitos sociais, econômicos e culturais do cidadão, por meio da prestações que demandam recursos públicos.

Nesse contexto, insta lembrar que o art. 116, parágrafo único, do CTN prevê que pode a autoridade administrativa “desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária”.

Como se sabe, a Corte concluiu, no julgamento da ADI nº 2.446/DF, Relatora a Ministra *Cármem Lúcia*, pela constitucionalidade do referido dispositivo. Na oportunidade, o Tribunal foi claro ao assentar que a norma em questão (art. 116, parágrafo único, do CTN) *não teve por objetivo impedir formas lícitas de elisão ou planejamento tributário, mas sim atitudes ilícitas, cabendo à administração tributária o ônus da prova.*

Na ocasião, assim me pronunciei:

No mérito, cumpre destacar, de início, que o art. 116, parágrafo único, do Código Tributário Nacional não busca impedir, ainda que por vias transversas, o planejamento tributário lícito, mas sim inibir condutas ilícitas.

[...]

Como bem consignou a Relatora, somente a lei pode estabelecer a definição do fato gerador da obrigação tributária principal. Por seu turno, o parágrafo único do art. 116 do CTN prevê que pode a autoridade administrativa “des-

27 BUFFON, Marciano. *Tributação e dignidade humana: entre os direitos e deveres fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 91.

considerar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a *ocorrência do fato gerador* do tributo ou a natureza dos *elementos constitutivos da obrigação tributária* [...]”. Ora, o fato gerador é propriamente aquele definido em lei. Anote-se que também são tratados por lei os outros elementos indispensáveis para a configuração da obrigação tributária principal, como a alíquota e a base de cálculo.

Isso significa que a administração tributária, ao invocar o parágrafo único em questão, tem de demonstrar a efetiva ocorrência do fato gerador previsto em lei ou a presença dos elementos constitutivos da obrigação tributária. Além disso, tem de demonstrar a ocorrência de atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência desse fato gerador ou a natureza dos citados elementos.

Corroborando o entendimento acerca da ausência de violação da legalidade tributária, convém ainda citar Marco Aurélio Greco: ‘a norma em questão não autoriza a exigência de tributo em relação à hipótese que não configure fato gerador; não autoriza a exigência sem lei ou fora dos tipos que a lei pertinente tiver previsto; não cria fato gerador novo!’ (Constitucionalidade do parágrafo único do artigo 116 do CTN. *In: O planejamento tributário e a Lei Complementar 104*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 183/204).

[...]

Em segundo lugar, é certo que tal medida somente poderá ser tomada pela autoridade fiscal respeitando o devido processo legal. Nesse ponto, ganha inegável importância aquela lei ordinária disciplinando os procedimentos a serem observados por essa autoridade.

Em terceiro lugar, a decisão tomada pela autoridade fiscal com base na norma debatida pode ser controlada pelo Poder Judiciário, na hipótese de esse ser provocado. Em outras palavras, tal decisão administrativa não é imune ao controle judicial.

O julgamento da ação direta em alusão foi assim ementado:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI COMPLEMENTAR Nº 104/2001. INCLUSÃO DO PARÁGRAFO ÚNICO AO ART. 116 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL: NORMA GERAL ANTIELISIVA. ALEGAÇÕES DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DA LEGALIDADE ESTRITA EM DIREITO TRIBUTÁRIO E DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NÃO CONFIGURADAS. AÇÃO DIRETA JULGADA IMPROCEDENTE” (ADI nº 2.446/DF, Tribunal Pleno, Relatora a Ministra *Cármem Lúcia*, DJe de 27/4/22).

Ressalto ainda que a orientação defendida no presente voto quanto à ao tema (impossibilidade de incidência do ITCMD quanto ao VGBL ou ao PGBL, no caso de falecimento do titular do plano) *não autoriza, evidentemente, que o VGBL ou o PGBL possam ser utilizados para se burlar o direito à legítima*.

Passo a tratar do art. 42 da lei impugnada.

Do art. 42 da lei impugnada

Constata-se que o art. 42 da Lei Fluminense nº 7.174/15 foi declarado inconstitucional pelo Tribunal Local, com o argumento de que esse dispositivo

estabeleceria a incidência do ITCMD sobre direitos reais que têm natureza de ônus, nos quais não se verificaria a transmissão de direitos. Nessa toada, lembrou orientação do Conselho da Magistratura de que a extinção de usufruto por renúncia ou morte do usufrutuário não consiste em fato gerador do imposto.

Julgo, entretanto, que o art. 42 em questão não trata da incidência do ITCMD em situação na qual não se verifica transmissão *causa mortis* ou doação, e sim de *diferimento do recolhimento de parte do imposto* cujo fato gerador (relacionado à transmissão da titularidade de bem) tenha ocorrido anteriormente.

Vejamus um exemplo. Suponhamos que *A* doou um imóvel seu a *B*, tendo o doador reservado para si o direito real de usufruto. O ITCMD, como se sabe, incide sobre a doação em comento. Poderia, assim, o estado cobrar 100% desse imposto por ocasião de tal doação. Mas o que o Estado do Rio de Janeiro fez por meio do artigo em discussão? Determinou que, por ocasião da doação, apenas metade do imposto seria cobrado quando da doação, sendo a outra metade (relativa ao citado fato gerador doação) cobrada posteriormente, quando da extinção do usufruto.

Para corroborar esse entendimento, cito, mais uma vez, o parecer do Procurador-Geral da República:

Conforme apontado pelo ente federado, nos termos da Lei nº 1.427/89, na hipótese de doação com reserva de usufruto, o contribuinte haveria de pagar 50% do tributo de forma imediata e recolher os outros 50% na sua extinção.

Nota-se que, efetivamente, o fato gerador do tributo é a transmissão por doação, mas diante da reserva de usufruto, o ente federado concedeu a possibilidade de diferimento do pagamento do valor integral do tributo.

A extinção do usufruto seria condição futura, que ao ocorrer tornaria exigível os outros 50% anteriormente diferido, pelo que inexistente inconstitucionalidade na previsão legislativa.

É impróprio afirmar, portanto, que o art. 42 estabeleceu a incidência de ITCMD sobre situação na qual inexistente transmissão *causa mortis* do bem ou doação. Trata o artigo de prever simples diferimento, o que está no âmbito de conformação do legislador estadual, de recolhimento de parte do imposto cujo fato gerador já tenha ocorrido.

Da análise do caso concreto

Em relação ao recurso extraordinário da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro (ALERJ), verifica-se ser o caso de a ele negar seguimento. Vale lembrar que a ALERJ sustentou ter havido ofensa aos arts. 93, inciso IX; e 125, § 2º, da Constituição Federal, com o argumento de que, no julgamento da ação direta, o Tribunal *a quo* não teria procedido ao confronto direto e analítico entre as normas declaradas inconstitucionais e o texto constitucional, descaracterizando, assim, a via de controle abstrato de constitucionalidade. Ainda de

acordo com a ALERJ, a Corte de Origem teria deixado de indicar qual teria sido a afronta à Constituição Estadual perpetrada em cada dispositivo invalidado.

Como aduzi na manifestação sobre a repercussão geral, não há como conhecer do recurso quanto ao art. 93, inciso IX, do texto constitucional, na medida em que a jurisdição foi prestada mediante decisões suficientemente motivadas, embora contrárias à pretensão da recorrente. Anote-se que o Plenário deste Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral desse tema e reafirmou a orientação de que a referida norma constitucional não exige que o órgão judicante manifeste-se sobre todos os argumentos de defesa apresentados, e sim que ele fundamente, ainda que sucintamente, as razões que entendeu suficientes à formação de seu convencimento (AI nº 791.292/PE-RG-QO, Rel. Min. *Gilmar Mendes*, DJe de 13/8/10).

Ademais, é certo que o Tribunal de Origem realizou o controle de constitucionalidade das normas invalidadas tendo como parâmetro o art. 199, inciso I, alínea *a*, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, o qual corresponde ao art. 155, inciso I, da Constituição Federal.

Em relação ao recurso extraordinário da Federação Nacional das Empresas de Seguros Privados, de Capitalização e de Previdência Complementar Aberta (FENASEG), constata-se ser o caso de a ele se dar provimento, de modo a assentar a inconstitucionalidade da incidência do ITCMD, disciplinada no art. 23 e no art. 13, inciso II e parágrafo único, da Lei Estadual nº 7.174/15, quanto ao repasse para os beneficiários de valores e direitos relativos ao Plano Gerador de Benefício Livre (PGBL) na hipótese de morte do titular do plano. Ressalto que não declaro a inconstitucionalidade integral do parágrafo único do art. 13 da referida lei, em razão de tal parágrafo continuar sendo aplicável quanto ao inciso I, *vide*:

Art. 13. São responsáveis pela retenção e recolhimento do imposto:

I – as instituições autorizadas pelo Banco Central do Brasil a operar no mercado de câmbio, nas doações realizadas por meio de transferências financeiras para o exterior e do exterior para o País; e

II – as entidades de previdência complementar, bem como as sociedades seguradoras autorizadas, na hipótese da transmissão causa mortis referida no art. 23.

Parágrafo único – Não efetuada a retenção referida no caput deste artigo, o pagamento do imposto pode ser exigido do responsável ou do contribuinte.”

Quanto ao recurso extraordinário do Estado do Rio de Janeiro, entendo ser o caso de a ele dar parcial provimento, declarando-se a constitucionalidade do art. 42 da Lei Fluminense nº 7.174/15.

Dispositivo

Ante o exposto, (i) nego seguimento ao recurso extraordinário da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro (ALERJ); (ii) dou provimento ao

recurso extraordinário da Federação Nacional das Empresas de Seguros Privados, de Capitalização e de Previdência Complementar Aberta (FENASEG), declarando a inconstitucionalidade da incidência do ITCMD, disciplinada no art. 23 e no art. 13, inciso II e parágrafo único, da Lei Estadual nº 7.174/15, quanto ao repasse para os beneficiários de valores e direitos relativos ao Plano Gerador de Benefício Livre (PGBL) na hipótese de morte do titular do plano; e (iii) dou parcial provimento ao recurso extraordinário do Estado do Rio de Janeiro, declarando a constitucionalidade do art. 42 da referida lei estadual.

Proponho a fixação da seguinte tese para o Tema nº 1.214:

É inconstitucional a incidência do imposto sobre transmissão *causa mortis* e doação (ITCMD) sobre o repasse aos beneficiários de valores e direitos relativos ao plano vida gerador de benefício livre (VGBL) ou ao plano gerador de benefício livre (PGBL) na hipótese de morte do titular do plano.

É como voto.

Supremo Tribunal Federal

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Nº 1.309.642 SÃO PAULO

RELATOR: MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO

SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS NOS CASAMENTOS E UNIÕES ESTÁVEIS COM PESSOA MAIOR DE SETENTA ANOS. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

I – O caso em exame

1. *O recurso.* Recurso extraordinário com agravo e repercussão geral reconhecida contra decisão que considerou constitucional o art. 1.641, II, do Código Civil e estendeu sua aplicação às uniões estáveis. O referido dispositivo prevê a obrigatoriedade do regime de separação de bens no casamento de pessoa maior de setenta anos.

2. *O fato relevante.* Companheira em união estável postula participação na sucessão de seu falecido companheiro em igualdade de condições com os herdeiros necessários.

3. *As decisões anteriores.* O juiz de primeiro grau considerou inconstitucional o dispositivo do Código Civil e reconheceu o direito da companheira em concorrência com os herdeiros. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reformou a decisão, considerando a norma que impõe a separação obrigatória de bens válida.

II – A questão jurídica em discussão

4. O presente recurso discute duas questões: (i) a constitucionalidade do dispositivo que impõe o regime da separação de bens aos casamentos com pessoa maior de setenta anos; e (ii) a aplicação dessa regra às uniões estáveis.

III – A solução do problema

5. O dispositivo aqui questionado, se interpretado de maneira absoluta, como norma cogente, viola o princípio da dignidade da pessoa humana e o da igualdade.

6. O *princípio da dignidade humana* é violado em duas de suas vertentes: (i) da autonomia individual, porque impede que pessoas capazes para praticar atos da vida civil façam suas escolhas existenciais livremente; e (ii) do valor intrínseco de toda pessoa, por tratar idosos como instrumentos para a satisfação do interesse patrimonial dos herdeiros.

7. O *princípio da igualdade*, por sua vez, é violado por utilizar a idade como elemento de desequiparação entre as pessoas, o que é vedado pelo art. 3º, IV, da Constituição, salvo se demonstrado que se trata de fundamento razoável para realização de um fim legítimo. Não é isso o que ocorre na hipótese, pois as pessoas idosas, enquanto conservarem sua capacidade mental, têm o direito de fazer escolhas acerca da sua vida e da disposição de seus bens.

8. É possível, todavia, dar interpretação conforme a Constituição ao art. 1.641, II, do Código Civil, atribuindo-lhe o sentido de norma dispositiva, que deve prevalecer à falta de convenção das partes em sentido diverso, mas que pode ser afastada por vontade dos nubentes, dos cônjuges ou dos companheiros. Ou seja: trata-se de regime legal facultativo e não cogente.

9. A possibilidade de escolha do regime de bens deve ser estendida às uniões estáveis. Isso porque o Supremo Tribunal Federal entende que “[n]ão é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável” (RE 878.694, sob minha relatoria, j. em 10.05.2017).

10. A presente decisão tem efeitos prospectivos, não afetando as situações jurídicas já definitivamente constituídas. É possível, todavia, a mudança consensual de regime, nos casos em que validamente admitida (*e.g.*, art. 1.639, § 2º, do Código Civil).

11. No caso concreto, como não houve manifestação do falecido, que vivia em união estável, no sentido de derrogação do art. 1.641, II, do Código Civil, a norma é aplicável.

IV – Dispositivo e tese

12. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

Tese de julgamento: “Nos casamentos e uniões estáveis envolvendo pessoa maior de 70 anos, o regime de separação de bens previsto no art. 1.641, II, do Código Civil pode ser afastado por expressa manifestação de vontade das partes, mediante escritura pública”.

Atos normativos citados: Constituição Federal, arts. 1º, III; 3º, IV; 5º, I, X; 226, § 3º; 230, e Código Civil, arts. 1.641, II; e 1.639, § 2º.

Jurisprudência citada: RE 878.694 (2017), Rel. Min. Luís Roberto Barroso.

(STF; ARE 1.309.642; SP; T.P.; Rel. Min. Luís Roberto Barroso; Julg. 01/02/2024; DJE 02/04/2024)

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por seu Tribunal Pleno, por unanimidade de votos, em, apreciando o tema 1.236 da repercussão geral, negar provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator, Ministro Luís Roberto Barroso (Presidente). Foi fixada a seguinte tese: “Nos casamentos e uniões estáveis envolvendo pessoa maior de 70 anos, o regime de separação de bens previsto no art. 1.641, II, do Código Civil, pode ser afastado por expressa manifestação de vontade das partes, mediante escritura pública”.

Brasília, 1º de fevereiro de 2024.

Ministro Luís Roberto Barroso – Presidente e Relator

VOTO:

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR):

1. Conforme relatado, a questão em discussão diz respeito à constitucionalidade (i) da imposição do regime da separação de bens aos casamentos com pessoa maior de setenta anos (art. 1.641, II, do Código Civil) e (ii) da aplicação dessa regra às uniões estáveis. Argumenta-se que essas normas seriam contrárias aos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade e às previsões de reconhecimento da união estável como entidade familiar e de proteção às pessoas idosas (arts. 1º, III; 3º, IV; 5º, I, X; 226, § 3º; 230, da Constituição).

I – Breve apresentação: o regime da separação obrigatória de bens nos casamentos e uniões estáveis

2. A previsão de separação obrigatória de bens no casamento de pessoas idosas foi introduzida no Brasil pelo Código Civil de 1916, que obrigava a adoção desse regime pelo maior de 60 e pela maior de 50 anos (art. 258, parágrafo único, II). Em 2002, a redação originária do atual Código Civil manteve a regra, mas igualou as idades para sua aplicação, prevendo que incidiria para homens e mulheres maiores de 60 anos (art. 1.641, II). Em 2010, com a edição da Lei nº 12.344/2010, entrou em vigor a redação atual, que passou a prever a separação obrigatória de bens quando um dos cônjuges for maior de 70 anos (art. 1.641, II). O histórico legislativo revela, portanto, que a norma foi sendo conformada ao aumento da longevidade da população brasileira.

3. O rigor da previsão de separação obrigatória de bens foi atenuado com a edição da Súmula 377/STF¹, segundo a qual “[n]o regime de separação

1 Súmula 377/STF: “No regime da separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”. Ao interpretar esse enunciado, o Superior Tribunal de Justiça vem decidindo que “[c]aberá ao interessado comprovar que teve efetiva e relevante (ainda que não financeira) participação no esforço para aquisição onerosa de determinado bem a ser partilhado com a dissolução da união (prova positiva)”². Esse entendimento foi recentemente sedimentado na Súmula 655/STJ³.

4. Outras teses importantes sobre o tema constaram de enunciados das Jornadas de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal. O Enunciado nº 261, da III Jornada, estabelece que “[a] obrigatoriedade do regime da separação de bens não se aplica a pessoa maior de sessenta anos, quando o casamento for precedido de união estável iniciada antes dessa idade”⁴. O enunciado decorreu dos trabalhos realizados por comissão coordenada, em 2004, pelo Min. Luiz Edson Fachin. O Enunciado nº 634, da VIII Jornada, estabelece a possibilidade de as pessoas sujeitas ao regime da separação obrigatória de bens estipularem, se quiserem, o regime da separação convencional, de modo a afastar os efeitos da comunhão de aquestos (Súmula 377/STF).

5. Assim, segundo a compreensão atualmente predominante, o regime da separação de bens é obrigatório para os casamentos e uniões estáveis com pessoa maior de setenta anos. Comunicam-se os bens adquiridos onerosamente durante a relação familiar, se comprovado o esforço comum para a aquisição, ainda que não financeiro.

II – O envelhecimento da população brasileira e a necessidade de combater o etarismo

6. A população brasileira está envelhecendo progressivamente. Em 2022, o número de pessoas com 65 anos ou mais chegou a mais de 22 milhões, o que representa quase 11% do total⁵. A redução da taxa de fecundidade e o aumento da expectativa de vida têm provocado o estreitamento da base da pirâmide etária nacional. De 2010 a 2022, embora a população tenha crescido 6,43%, o número de idosos teve alta de 57,4%. Atualmente, para cada 100 crianças de 0 a 14 anos, há 55 pessoas com 65 anos ou mais. Em 2010, esse índice era de

2 STJ, EREsp 1.623.858/MG, 2ª Seção, Rel. Min. Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), julgado em 23.05.2018. No mesmo sentido: STJ, REsp 1.689.152/SC, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 24.10.2017.

3 Súmula 655/STJ: “Aplica-se à união estável contraída por septuagenário o regime da separação obrigatória de bens, comunicando-se os adquiridos na constância, quando comprovado o esforço comum”.

4 À época, o art. 1.641, II, do Código Civil previa a aplicação do regime da separação obrigatória de bens para maiores de 60 anos.

5 Censo 2022: número de pessoas com 65 anos ou mais de idade cresceu 57,4% em 12 anos. IBGE, 27.10.2023. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/38186-censo-2022-numero-de-pessoas-com-65-anos-ou-mais-cresceu57-4%-em-12-anos>. Acesso em: 06 dez. 2023.

30,7. A expectativa de vida, por sua vez, é de 77 anos, sendo 80,5 anos para as mulheres e 73,6 anos para os homens.

7. A alteração da demografia brasileira promove transformações sociais para as quais o país precisa se adaptar. Diante desse cenário, será necessário desenvolver políticas públicas para atender as pessoas idosas e superar estigmas que ainda recaem sobre essa parcela da população. Nesse contexto, o país precisa rechaçar toda e qualquer forma de etarismo (ou idadeísmo) contra pessoas idosas. Esse tipo de preconceito diz respeito a “estereótipos (como pensamos), preconceitos (como nos sentimos) e discriminação (como agimos) direcionados às pessoas com base na idade que têm”⁶. Segundo a Organização Pan- Americana de Saúde (OPAS), uma em cada duas pessoas no mundo tem atitudes etaristas, sendo esse um fenômeno mais comum nos países de renda baixa e média⁷.

8. O etarismo está presente em diferentes espaços da vida pública e privada. Nas relações interpessoais, são frequentes o controle sobre a forma como se comportam as pessoas idosas, o descrédito às suas ações e a desconsideração de sua vontade. O preconceito reforça hierarquias, nega oportunidades e abala a autoestima das pessoas idosas, fazendo com que internalizem uma imagem negativa e limitada de si. Por isso, trata-se de grave problema de direitos humanos.

III – A inconstitucionalidade da imposição do regime de separação obrigatória de bens para os maiores de setenta anos

III.1 – Violação ao princípio da dignidade humana

9. A dignidade humana é um fundamento da República (art. 1º, III, da Constituição) e um princípio jurídico. Em tal concepção, a dignidade humana identifica (i) o valor intrínseco de todos os seres humanos, assim como (ii) a autonomia de cada indivíduo, (iii) limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário)⁸. O dispositivo aqui questionado, se interpretado de maneira absoluta, como norma cogente, viola o princípio da dignidade da pessoa humana em duas de suas vertentes.

10. *Em primeiro lugar*, a imposição da separação de bens aos casamentos com pessoa maior de setenta anos viola a ideia de dignidade como autonomia, que compreende a capacidade de alguém tomar decisões, fazer escolhas pessoais

6 Organização Pan-Americana de Saúde. *Relatório mundial sobre idadeísmo*. Washington, D.C., 2022. p. XVII.

7 Organização Pan-Americana de Saúde. *Relatório mundial sobre idadeísmo*. Washington, D.C., 2022. p. 25.

8 BARROSO, Luís Roberto. Aqui, lá e em todo lugar: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. *Revista do Ministério Público*, Rio de Janeiro: MPRJ, n. 50, out./dez. 2013, p. 120-136.

e ditar o que é bom ou ruim para si. Contempla “o direito da pessoa de tomar decisões por quaisquer motivações: juízos morais, cálculos instrumentais, sentimentos, desejos e até idiossincrasias incompreensíveis para terceiros”⁹. Isso inclui, conforme reconhecido por esta Corte, a decisão pessoal de constituir família¹⁰.

11. A regra prevista no art. 1.641, II, do Código Civil se baseia na falsa premissa de que indivíduos maiores de setenta anos tendem a se sujeitar a carências afetivas, não têm perspicácia para identificar aproximações por interesse nem capacidade de proteger o seu patrimônio¹¹. Trata-se de medida paternalista, que se baseia na presunção absoluta de vulnerabilidade de pessoas capazes para interditar a realização de escolha existencial.

12. A norma está em descompasso, ainda, com o princípio da intervenção mínima no direito das famílias, que deriva da necessidade de preservação da autonomia individual. Pode ser extraído do art. 226, § 7º, da Constituição¹², segundo o qual “o planejamento familiar é de livre decisão do casal”, e do art. 1.513 do Código Civil, de acordo com o qual “é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”. O ambiente familiar é, portanto, um espaço de livre eleição da melhor forma de viver pelos seus integrantes, no qual o Estado somente deve intervir para a proteção de sujeitos vulneráveis. Não é esse, contudo, o caso de que se cuida. Dizer que o avanço da idade justifica, por si só, a restrição de direitos da personalidade significa reproduzir um estereótipo etarista.

13. Além disso, a medida vai na contramão da revolução operada na teoria das incapacidades pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015). Até então, adotava-se uma perspectiva médica e assistencialista, na qual se tratava como incapazes aqueles que tinham uma deficiência psíquica ou mental. A nova legislação estipula que as pessoas com deficiência são, em regra, plenamente capazes para os atos da vida civil, sendo a curatela medida protetiva excepcional¹³, que não afeta os direitos de natureza existencial, como

9 SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 141.

10 ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, j. em 05.05.2011.

11 A separação obrigatória de bens aos maiores de setenta anos é “prudência legislativa em favor das pessoas e de suas famílias, considerando a idade dos nubentes. É de lembrar que, conforme os anos passam, a idade avançada acarreta maiores carências afetivas e, portanto, maiores riscos corre aquele que tem mais de setenta anos de sujeitar-se a um casamento em que o outro nubente tenha em vista somente vantagens financeiras, ou seja, em que os atrativos matrimoniais sejam pautados em fortuna e não no afeto” (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 295).

12 “Art. 226. [...] § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”.

13 “Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas. § 1º Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei. § 2º É facultado à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada. § 3º A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às

o de se casar¹⁴. Nesse contexto, a aplicação do art. 1.641, II, do Código Civil faz com que idosos sejam submetidos a um tratamento mais restritivo de sua autonomia individual do que aquele aplicável às pessoas com deficiência.

14. *Em segundo lugar*, a obrigatoriedade da separação de bens em uniões com maiores de setenta anos viola a ideia de dignidade como o valor intrínseco de toda pessoa. De acordo com essa vertente, as pessoas devem ser tratadas como fins em si, e nunca como meios para realização de objetivos alheios ou metas coletivas. Seguindo essa lógica, impedir a eleição do regime de bens para resguardar o patrimônio para a futura herança significaria tratar o idoso como instrumento para a satisfação do interesse patrimonial de seus herdeiros. Não à toa, o próprio Código Civil proibiu a celebração de contrato cujo objeto seja herança de pessoa viva – o chamado *pacta corvina*¹⁵. Até que se prove o contrário, os maiores de setenta anos são plenamente capazes para exercer os atos da vida civil. Caso não sejam, o direito possui ferramentas para protegê-los, como a fixação dos limites da curatela, a tomada de decisão apoiada e, até mesmo, a anulação do casamento (ou apenas do regime de bens escolhido).

III.2 – A violação à igualdade, à não discriminação e ao reconhecimento

15. O art. 1.641, II, do Código Civil também contraria o princípio da igualdade (arts. 3º, IV, e 5º, *caput*, da Constituição), porque utiliza a idade como elemento de desequiparação entre as pessoas, o que é vedado pelo art. 3º, IV, da Constituição, salvo se demonstrado que se trata de fundamento razoável para realização de um fim legítimo. Não é isso o que ocorre na hipótese, pois as pessoas idosas, enquanto conservarem sua capacidade mental, têm o direito de fazer escolhas acerca da sua vida e a disposição de seus bens.

16. Com efeito, o art. 230 da Constituição estabelece que a “família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”. O Estatuto da Pessoa Idosa (Lei nº 10.741/2003) prevê que a “pessoa idosa goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta lei” (art. 2º) e que “não será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência,

necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível. § 4º Os curadores são obrigados a prestar, anualmente, contas de sua administração ao juiz, apresentando o balanço do respectivo ano”.

14 “Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: I – casar-se e constituir união estável; II – exercer direitos sexuais e reprodutivos; III – exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; IV – conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; V – exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e VI – exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas”.

15 “Art. 426. Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva”.

crudelidade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei” (art. 4º, *caput*).

17. Apesar disso, a discriminação por razão de idade continua a ser uma preocupação para as pessoas idosas. Em relação a esse grupo, o maior problema está na exclusão social. Segundo o Conselho de Direitos Humanos da ONU, trata-se de processo complexo que envolve, além da falta ou da negação de recursos, direitos, bens e serviços à medida que as pessoas envelhecem, a incapacidade de participar de relações e atividades sociais¹⁶. Uma das principais formas de exclusão social que afeta as pessoas idosas é a privação de recursos materiais e financeiros. À medida em que essas pessoas envelhecem, tendem a ser excluídas do mercado de trabalho. Não sendo suficientemente assistidas pelo sistema de proteção social, passam a depender de algum familiar.

18. Nesse contexto, verifica-se que o critério adotado pela legislação é ilegítimo, visto que se baseia na visão equivocada de que a idade retira das pessoas a capacidade de fazer escolhas informadas sobre seu modo de vida e a disposição de seus bens. Trata-se de presunção baseada em estereótipos etaristas, que reforça a ideia de exclusão social ao encarar as pessoas maiores de setenta anos como frágeis, doentes e dependentes, a ponto de impedi-las de elegerem o regime de bens do seu próprio casamento¹⁷.

19. A imposição da separação de bens às pessoas maiores de setenta anos também lhes nega reconhecimento. Uma das formas mais comuns de fazer isso é impossibilitar a fruição de um direito universal em razão de uma característica associada a determinado grupo¹⁸. A promoção da igualdade, contudo, pressupõe a luta contra injustiças de natureza cultural e simbólica, que decorrem de modelos sociais de representação que produzem dominação, falta de reconhecimento e desprezo em relação a alguns grupos identitários¹⁹. A concretização do princípio da igualdade envolve, então, combater práticas sociais que reforçam hierarquias, aprofundam estigmas e trazem obstáculos para a plena participação das pessoas na sociedade.

16 United Nations, Human Rights Council. *Report of the independent expert on the enjoyment of all human rights by older persons*. Thirty-ninth session, September 2018. p. 6.

17 Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal já invalidou normas que exigiam idade máxima de candidatos em concursos públicos. Nessas ocasiões, entendeu que se tratava de discriminação por idade, uma vez que a exigência não guardava qualquer relação com os requisitos essenciais para o exercício das atribuições do cargo pretendido. Cf. AI 1.58.404 AgR, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 25.03.1997; RE 141.357, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 14.09.2004; ARE 678.112, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 25.04.201; ADI 5.329, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. em 15.12.2020; ADI 6.741, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. em 22.02.2023.

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

19 BARROSO, Luís Roberto; OSORIO, Aline. Sabe com quem está falando?: notas sobre o princípio da igualdade no Brasil contemporâneo. *Revista Direito & Práxis*, v. 7, n. 13, 2016, p. 214-216.

III.3 – Aplicação da solução às uniões estáveis

20. A possibilidade de alteração do regime de bens também deve se aplicar às uniões estáveis. De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o casamento e a união estável são entidades familiares igualmente reconhecidas pela Constituição, de modo que é inconstitucional qualquer hierarquização ou distinção entre elas. Por esse motivo, “[n]ão é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável” (RE 878.694, sob a minha relatoria, j. em 10.05.2017). Assim, embora o art. 1.641, II, do Código Civil também se aplique às uniões estáveis, também deve ser excluída para tais entidades familiares a interpretação que impeça a alteração do regime da separação legal de bens.

IV – A solução da questão constitucional e do caso sob julgamento

21. Conforme demonstrado, a imposição legal do regime de separação de bens aos casamentos e uniões estáveis com pessoa maior de setenta anos viola a dignidade da pessoa humana, a liberdade de constituir família, o princípio da igualdade e o dever de amparar as pessoas idosas (arts. 1º, III; 3º, IV; 5º, *caput*; 226; e 230, da Constituição). Assim, o art. 1.641, II, do Código Civil deve receber interpretação conforme a Constituição que lhe dê o sentido de norma dispositiva, que deve prevalecer à falta de convenção das partes em sentido diverso, mas que pode ser afastada por vontade dos nubentes, dos cônjuges ou dos companheiros, manifestada em escritura pública. Ou seja: trata-se de regime legal facultativo e não cogente.

22. Seguindo essa lógica, as pessoas já casadas poderão alterar seu regime de bens, desde que observem o procedimento de jurisdição voluntária previsto no art. 1.639, § 2º, do Código Civil²⁰ e no art. 734 do Código de Processo Civil²¹. Aquelas que vivam em união estável poderão fazê-lo em juízo ou no contrato de convivência. Para essa finalidade, a manifestação válida da vontade dos cônjuges deve ser compreendida como motivação suficiente, sendo inexigível a demonstração de qualquer outra finalidade especial.

20 “Art. 1.639. [...] § 2º É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros”.

21 “Art. 734. A alteração do regime de bens do casamento, observados os requisitos legais, poderá ser requerida, motivadamente, em petição assinada por ambos os cônjuges, na qual serão expostas as razões que justificam a alteração, ressalvados os direitos de terceiros. § 1º Ao receber a petição inicial, o juiz determinará a intimação do Ministério Público e a publicação de edital que divulgue a pretendida alteração de bens, somente podendo decidir depois de decorrido o prazo de 30 (trinta) dias da publicação do edital. § 2º Os cônjuges, na petição inicial ou em petição avulsa, podem propor ao juiz meio alternativo de divulgação da alteração do regime de bens, a fim de resguardar direitos de terceiros. § 3º Após o trânsito em julgado da sentença, serão expedidos mandados de averbação aos cartórios de registro civil e de imóveis e, caso qualquer dos cônjuges seja empresário, ao Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins”.

23. A presente decisão tem efeitos prospectivos, não afetando as situações jurídicas já definitivamente constituídas. Assim, em atenção ao princípio da segurança jurídica, eventual alteração do regime de bens somente produzirá efeitos patrimoniais para o futuro, resguardados os direitos adquiridos e atos jurídicos perfeitos²².

24. No caso concreto, há discussão sobre a partilha de bens em razão de união estável que se iniciou quando o companheiro, já falecido, possuía mais de setenta anos. Como não houve manifestação do falecido, que vivia em união estável, no sentido de derrogação do art. 1.641, II, do Código Civil, a norma é aplicável.

25. Diante do exposto, *nego provimento ao recurso extraordinário*. Proponho a fixação da seguinte tese de repercussão geral: “Nos casamentos e uniões estáveis envolvendo pessoa maior de 70 anos, o regime de separação de bens previsto no art. 1.641, II, do Código Civil pode ser afastado por expressa manifestação de vontade das partes, mediante escritura pública”.

26. É como voto.

22 “Art. 5º [...] XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.817.812 SÃO PAULO

RELATOR: MINISTRO MARCO BUZZI

AÇÃO DE PARTILHA. AJUIZAMENTO POSTERIOR AO DIVÓRCIO, CONFORME AUTORIZADO NA DELIBERAÇÃO JUDICIAL QUE O DECRETARA. TRIBUNAL DE ORIGEM QUE, AO REFORMAR A SENTENÇA QUE RECONHECERA A PRESCRIÇÃO EXTINTIVA DA PRETENSÃO (ART. 269, INC. IV, DO CPC/73), DETERMINA O REGULAR PROSSEGUIMENTO DO FEITO. INSURGÊNCIA DA RÉ/EX-CÔNJUGE

Hipótese: ação promovida pelo ex-cônjuge, a fim de concretizar a partilha do patrimônio amealhado na constância da sociedade conjugal – regida pela comunhão universal –, que não fora realizada por ocasião da ação de divórcio. Discussão acerca da configuração da prescrição extintiva da pretensão veiculada na exordial.

1. O divórcio caracteriza-se como direito potestativo dos cônjuges de romper a relação afetiva e o próprio vínculo matrimonial, independentemente de decurso de prazo ou qualquer outra condição impeditiva, a exemplo da prévia deliberação a respeito da divisão patrimonial, conforme expressamente autorizado pelo art. 1.581 do Código Civil.

2. Decretado o divórcio, com a existência de bens, sem a realização da partilha, subsiste um acervo patrimonial indiviso, cuja natureza jurídica é objeto de controverso debate doutrinário e jurisprudencial. De fato, não há uma uniformidade em relação à definição do conjunto de bens integrantes do acervo partilhável após cessada a sociedade conjugal, isto é, se consiste **(i)** em estado de mancomunhão ou **(ii)** instauração de um condomínio, nos termos do art. 1.314 do Código Civil.

2.1. De outro lado, depreende-se consonância quanto ao fato de se tratar de um acervo patrimonial em cotitularidade ou em uma espécie de copropriedade atípica. Nesse contexto, abstraída a controvertida determinação de sua natureza jurídica ou seu *nomen iuris*, mormente no caso em tela, em que se cuida de um único imóvel, tendo sido o casamento regido pela comunhão universal, forçoso reconhecer a possibilidade de o ex-cônjuge, a qualquer tempo, requerer a sua cessação/extinção por meio da efetivação da partilha.

3. A partilha consubstancia direito potestativo dos ex-cônjuges relativamente à dissolução de uma universalidade de bens, independentemente da conduta ou vontade do outro sujeito integrante desta relação (sujeito passivo).

3.1. Ausente a configuração de prestação imputável a outra parte – dar, fazer, não fazer –, característica dos direitos subjetivos, não há falar em sujeição a prazos de prescrição.

3.2. O direito à partilha é, portanto, expressão do poder de modificar ou extinguir relações jurídicas por meio de uma declaração judicial, obtida a partir de uma ação de natureza constitutiva negativa (desconstitutiva), à qual a legislação pátria não comina prazo decadencial.

3.3. Na hipótese, inexistentes limites temporais (prescrição ou decadência), afigura-se correto o afastamento da prejudicial de mérito, com a determinação do regular prosseguimento do feito no primeiro grau de jurisdição, âmbito no qual serão analisadas as demais teses defensivas.

4. Recurso especial *desprovido*.

(STJ; REsp 1.817.812; Proc. 2017/0321497-0; SP; 4ª T.; Rel. Min. Marco Buzzi; DJE 20/09/2024)

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUARTA TURMA, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 03 de setembro de 2024.

Ministro Marco Buzzi – Relator

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso especial interposto por *N. F. S.*, com fulcro no art. 105, inciso III, alínea “a”, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em sede de apelação cível.

Na origem, *A. S.* ajuizou demanda para “partilha de bens posterior ao divórcio” contra *N. F. S.*

Em sua inicial, narrou o autor ter se casado com a requerida em maio de 1970, sob o regime da comunhão universal de bens, tendo proposto, no ano de 1993, ação de divórcio, julgada procedente.

Asseverou que, no âmbito da referida demanda, não houve a realização da partilha, a qual foi postergada à fase subsequente, razão por que propôs nova ação, tendo em mira o bem que teria sido adquirido na constância do casamento – imóvel situado no Município de Santo André, avaliado em aproximadamente R\$ 174.425,65 (cento e setenta e quatro mil, quatrocentos e vinte cinco reais e sessenta e cinco centavos).

Citada, a ré contestou (fls. 36-38, e-STJ) e alegou a configuração da usucapião em seu favor.

Em sentença (fls. 149-151, e-STJ), declarou-se a prescrição da pretensão deduzida na inicial, com fulcro no decurso do prazo decenal (art. 205 do Código Civil), resolvendo-se o mérito da demanda.

Inconformado, o autor interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu provimento, a fim de reformar a sentença, com o afastamento da prejudicial de mérito, determinando o regular prosseguimento do feito.

O acórdão está assim ementado:

ACÇÃO DE PARTILHA. PRESCRIÇÃO. IRRESIGNAÇÃO. ACOLHIMENTO. A pretensão de partilha dos bens comuns, enquanto permanecer em aberto a divisão oficial, é direito potestativo não sujeito à prescrição. Precedentes desta Corte. Sentença reformada para afastar o reconhecimento da prescrição. Dado provimento ao apelo, com observação. (fl. 176, e-STJ)

Opostos embargos de declaração (fl. 161, e-STJ), esses foram rejeitados (fls. 186-189, e-STJ).

Em seguida, a requerida interpôs recurso especial, com amparo na alínea “a” do permissivo constitucional, em cujas razões (fls. 191-194, e-STJ), alega a existência de violação ao art. 205 do Código Civil e ao 269, inciso IV, do Código de Processo Civil de 1973.

Sustenta, em síntese, que a partilha dos bens do casal representa um dos efeitos patrimoniais do divórcio e, de conseguinte, deve estar sujeito à limitação no tempo, não podendo ser indefinida. Nesse sentido, defende a aplicabilidade do prazo de dez anos, nos termos do art. 205 do vigente Código Civil ou de vinte anos, a considerar o Código Civil de 1916 (art. 177).

Acrescenta, ademais, que, “[...] sozinha, por mais de vinte anos após a decretação do divórcio, [...] absorveu para si a totalidade do domínio sobre o bem e a partir daí, o ora autor-recorrido, que abandonou sua condição, não procurando jamais exercer seu eventual direito sobre o bem, não mais o pode fazer, porque sua pretensão está prescrita”.

Pede, assim, o provimento do reclamo, a fim de que seja restabelecida a sentença.

Oferecidas as contrarrazões (fls. 196-200, e-STJ), a Corte local procedeu ao juízo provisório de admissibilidade, em que inadmitiu o reclamo.

Interposto o respectivo agravo (art. 1.042 do CPC), ascenderam os autos a este Tribunal Superior.

Em decisão unipessoal (fls. 215-216, e-STJ), deu-se provimento à insurgência, determinando-se sua reautuação como recurso especial, a bem de melhor examinar a controvérsia.

É o relatório.

VOTO

O presente recurso *não* merece prosperar, consoante a seguir exposto.

1. De início, inferem-se presentes os requisitos de admissibilidade recursal – intrínsecos e extrínsecos.

Saliente-se que o recurso especial ora em foco não pressupõe o reexame do acervo fático-probatório coligido aos autos, a atrair o óbice da Súmula 7/STJ, porquanto requer, tão-somente, a análise da questão jurídica – ofensa aos artigos relacionados à prescrição – à luz da moldura fática já delineada pelas instâncias ordinárias.

2. Dito isso, impõe-se a delimitação da matéria controvertida.

Consoante relatado acima, trata-se de ação promovida pelo ex-cônjuge, a fim de concretizar a partilha do patrimônio amealhado na constância da sociedade conjugal, regida pela comunhão universal, que não fora realizada por ocasião da ação de divórcio.

Para elucidar as particularidades inerentes à espécie, que nortearão o desenvolvimento do desfecho a ser concedido, citam-se os seguintes trechos do acórdão recorrido, em que indicado precisamente o objeto da demanda, a saber:

Na hipótese, as partes se casaram aos 02/05/1970 (fls. 7), e, decorridos alguns anos desde a separação de fato do casal, o ora apelante requereu a decretação do divórcio direto (fls. 15/19).

O pedido inicial foi parcialmente procedente, ou seja, apenas se colocou fim ao matrimônio, sem, contudo, haver partilha de bens (fls. 20/22), nos seguintes termos:

“[...] Não cabe nestes autos discussão a respeito da partilha. Como adverte YUSSEF SAID CAHALI, na obra já referida, no divórcio direto a questão da partilha dos bens deve ser resolvida em Juízo sucessivo de execução do julgado. [...]”.

Ou seja, não houve divisão dos bens comuns, subsistindo a pretensão de partilha dos mesmos. (fls. 175-179, e-STJ); grifou-se)

A partir desta moldura, o Tribunal *a quo* orientou-se pelo entendimento de que,

Com o fim do vínculo da conjugalidade, não raro, remanescem bens na esfera jurídica comum dos ex-cônjuges, dando ensejo a uma forma atípica de copropriedade.

Desta feita, a divisão de tais bens pode ser requerida por qualquer dos condôminos, sem que o outro possa a essa pretensão se opor. Trata-se de direito potestativo não sujeito à prescrição ou decadência.

[...]

Com efeito, enquanto permanecer em aberto a divisão oficial dos bens, não há que se falar em perda do direito de partilha. (fls. 175-179, e-STJ)

De outro lado, sustenta a recorrente ter se ultimado a prescrição extintiva na hipótese, visto que a partilha insere-se no âmbito dos efeitos patrimoniais da dissolução da sociedade conjugal, cujo exercício está sujeito, portanto, a limitações temporais, afastando-se a perpetuidade.

A controvérsia instaurada no apelo extremo consiste, portanto, na prescritibilidade [ou sujeição à decadência] ou não da pretensão/direito à partilha de bens após a decretação do divórcio e, em sendo positiva a resposta, ao prazo que lhe seria aplicável.

À sua solução, faz-se necessário, em um momento inicial, tecer considerações acerca da possibilidade de decretação do divórcio sem a realização de partilha; em seguida, impõe-se a análise da natureza jurídica do patrimônio não dividido, para então se abordar a específica questão acerca da sujeição da partilha à prescrição ou à decadência e os desdobramentos para o caso concreto.

2.1. Inicialmente, no que se refere à faculdade de decretação do divórcio sem a realização da partilha, importante trazer à colação o art. 1.581 do Código Civil, o qual assim dispõe: “O divórcio pode ser concedido sem que haja prévia partilha de bens”.

Referido dispositivo consubstancia a positivação do entendimento consolidado há muito pelo Superior Tribunal de Justiça, traduzido no enunciado sumular 197, segundo o qual: o *divórcio direto pode ser concedido sem que haja prévia partilha dos bens*.

Consoante destacou a Ministra Nancy Andriighi, ao comentar o citado enunciado sumular no julgamento do Recurso Especial nº 1.281.236/SP (Terceira Turma, julgado em 19/3/2013, DJe de 26/3/2013),

[...] a partir da interpretação dos arts. 31 e 43 da Lei nº 6.515/77, tinha-se a regra de que a realização da partilha dos bens do casal era requisito para a convalidação da separação judicial em divórcio. Foi justamente com vistas nesses dispositivos legais que a jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que apenas o divórcio direto independia da prévia partilha de bens, o que foi consolidado no texto do enunciado 197 da súmula jurisprudencial desta Corte Superior, em julgamento datado de 8 de outubro de 1997.

Esse entendimento, embora restrito ao divórcio direto em decorrência da ausência de expressa previsão legal para esta modalidade de divórcio, já refletia a tendência atual de garantir cada vez mais autonomia aos direitos de personalidade, distanciando-os daqueles direitos eminentemente patrimoniais. Nesse mesmo sentido vêm se orientando as recentes reformas legislativas no âmbito do direito de família.

[...]

Mais: o texto atual do art. 1.581 do CC/02 disciplinou expressamente a desnecessidade da prévia partilha de bens como condição para a concessão do divórcio. Isso porque a visão contemporânea do fenômeno familiar reconhece a importância das ações relacionadas ao estado civil das pessoas, enquanto direitos de personalidade, a partir das lentes constitucionais de proteção integral à dignidade da pessoa humana. Portanto, o estado civil de cada pessoa deve refletir sua realidade afetiva, desprendendo-se cada vez mais de formalidades e valores essencialmente patrimoniais.

Sobre a referida modificação, operada pelo Código Civil de 2002, destaca-se, igualmente, a seguinte lição doutrinária, na qual se pontuou a importância da expressa disciplina normativa, com o escopo de afastar entraves eminentemente patrimoniais para a tomada de decisão relativa à esfera afetiva do indivíduo:

*A inovação aparentemente foi boa, pois muitos casais não se sentiam incentivados a pedir o divórcio, mesmo falida a afetividade que os unia, por conta da até então obrigatória necessidade de partilha prévia dos seus bens. Com a mudança, o divórcio poderá ser concedido, facultando-se a partilha para momento posterior, pela via própria, que, em tese, poderá ser até mesmo uma ação de divisão. Ademais, o que a nossa prática judicial tem permitido constatar é que tais casais, posto divorciados, não partilham os seus bens em vida, deslocando essa delicada tarefa para o juízo do inventário. Mas é de bom alvitre lembrar, nessa seara, a teor do art. 1.523, III, do Código Civil, já estudado no tópico dedicado às causas suspensivas do casamento, que, havendo novo matrimônio por parte de um dos cônjuges que, divorciado, não partilhou os seus bens, o seu novo regime de bens obrigatoriamente será o de separação legal, para impedir a confusão patrimonial em face do anterior consorte. (GAGLIANO, Pablo S. *O divórcio na atualidade*. Saraiva, 2018. E-book. ISBN 9788553604050. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553604050/>. Acesso em: 06 jul. 2023, p. 147; grifou-se)*

Trata-se, ademais, de situação comum/ordinária na prática judiciária brasileira, em que parte considerável dos casais não promovem a partilha de bens concomitantemente à dissolução do casamento ou união estável, por motivos de ordem diversa – ausência de consensualidade, por exemplo –, relegando-a a momento posterior, sem que isso implique qualquer óbice ao divórcio ou rompimento da união estável.

Necessário destacar que o divórcio caracteriza-se como direito potestativo dos cônjuges de romper a relação afetiva e o próprio vínculo matrimonial, independentemente de decurso de prazo ou qualquer outra condição impeditiva, como a prévia deliberação acerca da partilha.

Desse modo, afigura-se plenamente justificável o provimento exarado nos autos da *ação de divórcio* movida previamente pelo ora recorrente, em que foi postergada a realização da partilha à momento oportuno.

2.2. Partindo-se de tal premissa, cumpre analisar o enquadramento jurídico da indivisão patrimonial remanescente à decretação do divórcio ou mesmo de separação judicial ou configuração de separação de fato – que também representam o fim da sociedade conjugal e da incidência das normas decorrente do regime de bens aplicável (convencional ou legal).

Preliminarmente, alude-se ao fato de o ordenamento jurídico pátrio não disciplinar de forma específica o regime a ser aplicado neste período intermediário, vale afirmar, entre a cessação da sociedade conjugal e a efetiva partilha; de fato, inexistente norma para regular particularmente os bens comuns ainda não partilhados.

Nesse contexto, surgiram desenvolvimentos doutrinários diversos, a fim de estabelecer a natureza jurídica deste estado de pós-comunhão.

Sobre o tema, destaca-se, inicialmente, as lições de Maria Berenice Dias, segundo a qual, dissolvida a sociedade conjugal sem a realização de prévia partilha, instaura-se um estado condominial, a saber:

E o Código Civil admite o divórcio sem a prévia partilha (CC 1.581). [...]

Ainda que recomendável, não há sequer a necessidade de serem arrolados os bens. Basta a referência de que a divisão do patrimônio não será realizada. Enquanto isso, os bens ficam em estado condominial. Nada impede que sejam partilhados alguns bens, restando os demais para serem divididos em momento posterior, quer por conveniência das partes, quer por inexistir consenso na repartição. (*Manual de direito das famílias*. 14. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodvim, 2021. p. 580-581)

De outro lado, há autores que defendem a formação de uma comunidade especial de bens, que, conquanto não se caracterizem especificamente como um condomínio, revelam-se como uma cotitularidade patrimonial de quotas abstratas.

A título ilustrativo, destacam-se as seguintes lições doutrinárias:

Esse patrimônio comum e indiviso [...] tem a natureza jurídica de uma comunidade especial de bens que, não obstante, a sociedade afetiva tenha deixado de existir e o acervo conjugal tenha perdido o caráter de ordem pública de suas normas. O fato é que esse patrimônio pós-regime de bens permanece como produtor de créditos e de débitos enquanto aguarda sua fase de liquidação de bens, no entanto essa massa de bens não mais se sujeita às normas que regulavam o regime matrimonial de bens, pois se trata de um novo conjunto patrimonial, uma comunidade de bens pós-casamento, que segue igualmente indivisa, apta para a imediata divisão, mas sobre cuja totalidade de bens os ex-cônjuges ostentam uma quota abstrata.

[...]

Durante o período intermediário existente entre a dissolução por morte de um dos consortes ou por qualquer outro motivo, da primitiva sociedade de comunhão de bens, e que vai até a definitiva liquidação desses bens conjugais, surge outra comunidade que não é mais conjugal, mas pós-conjugal, cujo regime de comunhão deixou de existir por causa do fim da relação, subsistindo como antes informado uma cotitularidade patrimonial de quotas abstratas, vale dizer, um direito de coproprie-

dade, que se projeta a despeito de todos e de cada um dos bens integrantes dessa massa pós-conjugal, o que pressupõe a atuação conjunta de ambos os ex-consortes, que somente terão desempenho isolado sobre as duas quotas depois de liquidada a partilha e de lhes terem sido adjudicadas as suas respectivas meações. (MADALENO, Rolf; MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rafael. *Fraude no direito de família e sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 442-443; grifou-se)

O tema também foi objeto de apreciação pelos Tribunais pátrios, inclusive por esta Corte Superior, no âmbito da qual é possível encontrar julgados no sentido da (i) instauração de um condomínio após a separação – judicial ou fática – ou do divórcio até a realização da efetiva partilha e, outrossim, precedentes em que adotada a tese (ii) de formação/manutenção de um estado de mancomunhão.

Em relação ao primeiro entendimento, cita-se o seguinte julgado da Quarta Turma, pertinente ao cabimento da ação de prestação de contas nesses casos, em que consignado que, “a partir da separação de fato ou de corpos (marco final do regime de bens), os bens e direitos dos ex-consortes ficam em estado de mancomunhão – conforme salienta doutrina especializada –, formando uma massa juridicamente indivisível, indistintamente pertencente a ambos”.

Eis a ementa:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. BENS E DIREITOS EM ESTADO DE MANCOMUNHÃO (ENTRE A SEPARAÇÃO DE FATO E A EFETIVA PARTILHA). PATRIMÔNIO COMUM ADMINISTRADO EXCLUSIVAMENTE POR EX-CÔNJUGE.

1. A ação de prestação de contas tem por escopo aclarar o resultado da administração de negócios alheios (apuração da existência de saldo credor ou devedor) e, sob a regência do CPC de 1973, ostentava caráter dúplice quanto à sua propositura, podendo ser deduzida tanto por quem tivesse o dever de prestar contas quanto pelo titular do direito de exigí-las. O Novo CPC, por seu turno, não mais prevê a possibilidade de propositura de ação para prestar contas, mas apenas a instauração de demanda judicial com o objetivo de exigí-las (art. 550).

2. Assim como consagrado jurisprudencialmente sob a égide do CPC de 1973, o Codex de 2015 explicitou o dever do autor de, na petição inicial, especificar, detalhadamente, as razões pelas quais exige as contas, instruindo-a com documentos comprobatórios dessa necessidade, se existirem. São as causas de pedir remota e próxima, as quais devem ser deduzidas, obrigatoriamente, na exordial, a fim de demonstrar a existência de interesse de agir do autor.

3. Como de sabença, a administração do patrimônio comum do casal compete a ambos os cônjuges (arts. 1.663 e 1720 do Código Civil).

Nada obstante, a partir da separação de fato ou de corpos (marco final do regime de bens), os bens e direitos dos ex-consortes ficam em estado de mancomunhão – conforme salienta doutrina especializada –, formando uma massa juridicamente indivisível, indistintamente pertencente a ambos.

4. No presente caso, consoante reconhecido na origem, a separação de fato do casal (que adotara o regime de comunhão universal de bens) ocorreu em janeiro de 2000, tendo sido decretada a separação de corpos em 05.05.2000, no âmbito de ação cautelar intentada pela ex-esposa. Posteriormente, foi propos-

ta ação de separação judicial litigiosa que, em 19.04.2001, foi convertida em consensual. A divisão do acervo patrimonial comum, por sua vez, foi objeto de ação própria, ajuizada em maio de 2001, processada sob a forma de inventário. Revela-se, outrossim, incontroverso que os bens e direitos comuns do casal sempre estiveram sob a administração exclusiva do ex-marido, que, em 27.11.2001, veio a assumir o encargo de inventariante do patrimônio.

5. Em caráter geral, a jurisprudência desta Corte já consagrou o entendimento de que a prestação de contas é devida por aqueles que administram bens de terceiros, não havendo necessidade de invocação de qualquer motivo para o interessado tomá-la.

6. No tocante especificamente à relação decorrente do fim da convivência matrimonial, infere-se que, após a separação de fato ou de corpos, o cônjuge que estiver na posse ou na administração do patrimônio partilhável – seja na condição de administrador provisório, seja na de inventariante – terá o dever de prestar contas ao ex-consorte. Isso porque, uma vez cessada a afeição e a confiança entre os cônjuges, aquele titular de bens ou negócios administrados pelo outro tem o legítimo interesse ao pleno conhecimento da forma como são conduzidos, não se revelando necessária a demonstração de qualquer irregularidade, prejuízo ou crédito em detrimento do gestor.

7. Recurso especial provido para restabelecer a sentença de procedência. (REsp nº 1.274.639/SP, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 12/9/2017, DJe de 23/10/2017)

No que se refere à segunda orientação acima indicada – instauração de um condomínio –, citam-se os seguintes julgados, ambos da Terceira Turma desta Corte, assim ementados:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE DIVÓRCIO CUMULADA COM ALIMENTOS E PARTILHA. RECONVENÇÃO COM PEDIDO DE ARBITRAMENTO DE ALUGUÉIS POR USO EXCLUSIVO DO IMÓVEL COMUM. OMISSÃO. INOCORRÊNCIA. QUESTÃO DECIDIDA NO ACÓRDÃO RECORRIDO. IDENTIFICAÇÃO INEQUÍVOCA DOS BENS PARTILHÁVEIS E DO QUINHÃO DE CADA CÔNJUGE. CESSAÇÃO DO ESTADO DE MANCOMUNHÃO E INÍCIO DO ESTADO DE CONDOMÍNIO. ARBITRAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR USO EXCLUSIVO DE IMÓVEL COMUM. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE PARTILHA. IRRELEVÂNCIA. TERMO INICIAL. CITAÇÃO. TERMO INICIAL NA HIPÓTESE. INTIMAÇÃO DA RECONVENÇÃO. ALIMENTOS. RETROAÇÃO À DATA DA CITAÇÃO. ART. 13, § 2º, DA LEI 5.478/68. APLICABILIDADE ÀS AÇÕES REVISIONAIS E EXONERATÓRIAS. INAPLICABILIDADE NA AÇÃO EM QUE ARBITRADOS OS ALIMENTOS, DE MODO TRANSITÓRIO, EM TUTELA PROVISÓRIA, COM CESSAÇÃO DO PENSIONAMENTO NA SENTENÇA. ART. 13, CAPUT, DA LEI 5.478/68 E SÚMULA 621/STJ. PENSÃO ALIMENTÍCIA POR PERÍODO ALEGADAMENTE LONGO. NECESSIDADE DEMONSTRADA. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. VIOLAÇÃO DE REGRA DE PREVENÇÃO. NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO DO REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL LOCAL. APLICABILIDADE DA SÚMULA 280/STF.

1. Ação proposta em 10/04/2015 e reconvenção proposta em 16/07/2015.

Recurso especial interposto em 31/05/2022 e atribuído à Relatora em 13/10/2022.

2. Os propósitos recursais consistem em definir: (i) se há omissão no acórdão recorrido; (ii) se é admissível a fixação de aluguéis pela fruição exclusiva do bem comum por um dos ex-cônjuges antes da partilha dos bens; (iii) se, em ação de alimentos, é admissível estabelecer a data da sentença como termo final da prestação alimentícia, a despeito da regra que afirma que, em qualquer caso, os alimentos fixados retroagem à data da citação; e (iv) se a competência para julgar a apelação seria da 8ª Câmara Cível e não da 7ª Câmara Cível do TJ/RS.

3. Não há que se falar em omissão quando o acórdão recorrido se pronuncia motivadamente sobre a questão suscitada, ainda que em sentido diverso daquele pretendido pela parte.

4. Havendo separação ou divórcio e sendo possível a identificação inequívoca dos bens e do quinhão de cada ex-cônjuge antes da partilha, cessa o estado de mancomunhão existente enquanto perdura o casamento, passando os bens ao estado de condomínio.

5. Embora ainda não operada a partilha do patrimônio comum do casal, é facultado a um dos ex-cônjuges exigir do outro, que estiver na posse e uso exclusivos de determinado imóvel, a título de indenização, parcela correspondente à metade da renda de um presumido aluguel, devida a partir da citação. Precedentes.

6. O art. 13, § 2º, da Lei nº 5.478/68 não se aplica à hipótese em que se discute o arbitramento de alimentos de modo transitório, deferido em tutela provisória e cessado na sentença, mas, sim, às hipóteses de redução ou de majoração dos alimentos, típicas de ações revisionais, e à hipótese de extinção do direito aos alimentos, típica da ação exoneratória. Inteligência do art. 13, *caput*, da Lei nº 5.478/68 e da Súmula 621/STJ.

7. É inviável o exame da tese recursal de que o pensionamento teria se estendido por período demasiado em virtude da necessidade de reexame dos fatos e das provas que subsidiaram a conclusão do acórdão recorrido no sentido de que, nesse período, era necessária a pensão alimentícia. Aplicabilidade da Súmula 7/STJ.

8. O art. 930, *caput* e parágrafo único, do CPC/15, apenas assegura que deverá ser observada a regra de prevenção do Relator a partir do primeiro recurso e em relação aos demais, ao mesmo tempo em que relega ao regimento interno do respectivo Tribunal disciplinar em quais hipóteses haverá a prevenção e em quais haverá o rompimento da prevenção. Aplicabilidade da Súmula 280/STF.

9. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, parcialmente provido, a fim de restabelecer a sentença apenas quanto à procedência do pedido reconvenicional, com redimensionamento da sucumbência. (REsp nº 2.028.008/RS, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 13/6/2023, DJe de 16/6/2023; grifou-se)

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA. FRAÇÃO IDEAL DE IMÓVEIS DE COPROPRIEDADE DOS CÔNJUGES. DISSOLUÇÃO DO MATRIMÔNIO, SEM A REALIZAÇÃO DE PARTILHA. BENS QUE SE REGEM PELO INSTITUTO DO CONDOMÍNIO. POSSE INDIRETA E EXCLUSIVA DA EX-ESPOSA SOBRE A FRAÇÃO IDEAL PERTENCENTE AO CASAL DOS IMÓVEIS DESCRITOS NA EXORDIAL. PERCEBIMENTO DE ALUGUÉIS COM EXCLUSIVIDADE PELA EX-ESPOSA. AUSÊNCIA DE OPOSIÇÃO DO SEU EX-CÔNJUGE E DE REIVINDICAÇÃO DE QUALQUER

DOS FRUTOS QUE LHE ERAM DEVIDOS. LAPSO TEMPORAL TRANSCORRIDO SUFICIENTE À AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE. PROCEDÊNCIA DA USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DESPROVIDO.

1. O propósito recursal consiste em definir, além da negativa de prestação jurisdicional, a natureza da posse exercida por um dos ex-cônjuges sobre fração ideal pertencente ao casal dos imóveis descritos na petição inicial, após a dissolução da sociedade conjugal, mas sem que tenha havido a partilha dos bens, a ensejar a aquisição da propriedade, pelo cônjuge possuidor, da totalidade da fração ideal por usucapião.

2. Verifica-se que o Tribunal de origem analisou todas as questões relevantes para a solução da lide, de forma fundamentada, não havendo falar em negativa de prestação jurisdicional.

3. A jurisprudência deste Tribunal Superior assenta-se no sentido de que, dissolvida a sociedade conjugal, o bem imóvel comum do casal rege-se pelas regras relativas ao condomínio, ainda que não realizada a partilha de bens, cessando o estado de mancomunhão anterior. Precedente.

4. Nesse contexto, possui legitimidade para usucapir em nome próprio o condômino que exerça a posse por si mesmo, sem nenhuma oposição dos demais coproprietários, tendo sido preenchidos os demais requisitos legais. Precedentes.

5. Ademais, a posse de um condômino sobre bem imóvel exercida por si mesma, com ânimo de dono, ainda que na qualidade de possuidor indireto, sem nenhuma oposição dos demais coproprietários, nem reivindicação dos frutos e direitos que lhes são inerentes, confere à posse o caráter de *ad usucapionem*, a legitimar a procedência da usucapião em face dos demais condôminos que resignaram do seu direito sobre o bem, desde que preenchidos os demais requisitos legais.

6. Do que se depreende das circunstâncias delineadas pelas instâncias ordinárias, após o fim do matrimônio houve completo abandono, pelo recorrente, da fração ideal pertencente ao casal dos imóveis usucapidos pela ex-esposa, ora recorrida, sendo que esta não lhe repassou nenhum valor proveniente de aluguel nem o recorrente o exigiu, além de não ter prestado conta nenhuma por todo o período antecedente ao ajuizamento da referida ação.

6.1. Em face disso, revela-se descabida a presunção de ter havido administração dos bens pela recorrida. O que houve – e isso é cristalino – foi o exercício da posse pela ex-esposa do recorrente com efetivo ânimo de dona, a amparar a procedência do pedido de usucapião, segundo já foi acertadamente reconhecido na origem.

7. A ausência de efetivo debate pela instância ordinária, acerca de determinada matéria, caracteriza ausência de prequestionamento, a obstar o conhecimento do recurso especial no ponto.

8. Não se admite o dissídio jurisprudencial quando não indicado o dispositivo de lei federal porventura objeto de interpretação divergente, porquanto manifesta a deficiência na fundamentação, a atrair a incidência do óbice disposto na Súmula 284/STF, por analogia.

9. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido. (REsp nº 1.840.561/SP, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 3/5/2022, DJe de 17/5/2022/ grifou-se)

Consoante é possível inferir, não há uma uniformidade doutrinária, ou mesmo jurisprudencial, quanto à natureza jurídica dos bens integrantes do acervo partilhável após cessada a sociedade conjugal – por meio de separação fática ou judicial –, se mancomunhão ou condomínio, o que decorre da própria lacuna legislativa.

Todavia, é possível inferir uniformidade em relação ao fato de se tratar de acervo patrimonial em cotitularidade ou uma espécie de copropriedade atípica. Disso decorre a conclusão de estar assegurado o direito a cada ex- cônjuge requerer a extinção ou cessação deste estado de indivisão.

No particular, destaca-se: ainda que se conceba a hipótese de mancomunhão, a qual se distingue do condomínio pela necessária indivisibilidade e ausência de determinação de fração ideal atribuída a cada um, essa representa inegavelmente uma espécie de copropriedade, porquanto ambos os ex-cônjuges são titulares desta massa patrimonial una.

2.3. Assim, em se tratando de regime de cotitularidade, abstraída a controvertida determinação de sua natureza jurídica específica ou seu *nomen iuris*, mormente no caso em tela, em que se cuida de um único imóvel, tendo sido o casamento regido pela comunhão universal, forçoso reconhecer a possibilidade de o ex-cônjuge, *a qualquer tempo*, requerer a sua cessação por meio da efetivação da partilha.

Tal linha de interpretação decorre da aplicação, *conquanto por analogia*, do disposto no art. 1.320 do Código Civil, *in verbis*: “A todo tempo será lícito ao condômino exigir a divisão da coisa comum, respondendo o quinhão de cada um pela sua parte nas despesas da divisão”, o qual preleciona a existência de um direito potestativo do condômino em extingui-lo.

De fato, a partilha consubstancia direito potestativo dos ex-cônjuges, na medida em que traduz o direito de dissolver uma universalidade de bens e, portanto, de modificar ou extinguir uma situação jurídica, independentemente da conduta ou vontade do outro sujeito integrante desta relação (sujeito passivo).

Nesse contexto, não há falar em sujeição a prazos de prescrição, porquanto inexistente pretensão correspondente, ou seja, prestação a ser exigida da parte passiva – dar, fazer, não fazer, característica dos direitos subjetivos e das respectivas ações condenatórias.

Trata-se a partilha da expressão do poder de modificar ou extinguir relações jurídicas por meio de uma declaração judicial, obtida a partir de uma ação de natureza constitutiva negativa (desconstitutiva), não havendo falar em submissão a limites temporais.

Sobre o tema, colhem-se as pertinentes considerações doutrinárias, quais sejam:

Caso a divisão de bens entre os agora ex-consortes não aconteça amigavelmente, qualquer deles poderá exigir que isso seja feito, por intermédio da ação de partilha.

Nessa ação, contudo, o autor não exigirá que o réu cumpra qualquer prestação de dar, fazer ou deixar de fazer algo em seu benefício, pois não existe nenhuma obrigação nesse sentido, que possa ter sido violada no campo extrajudicial.

Lembre-se que não existe algo como o dever/obrigação de partilhar o patrimônio comum em tanto tempo, ou a partir de certo acontecimento. Em se não existe tal imposição, não se poderia cogitar do nascimento de qualquer pretensão que viesse a ser fulminada pela prescrição (CC, art. 189).

[...]

Logo, o direito à partilha é um direito potestativo dos ex-consortes, que fica na dependência de sua exteriorização de vontade para que possa ser efetivado.

[...]

A análise do que acontece com o poder de ser exigir a dissolução do casamento pode auxiliar na compreensão do que foi dito. Sendo, igualmente, um direito potestativo, o divórcio também pode ser diretamente exigido pelo interessado, sem que o seu cônjuge possa fazer nada a respeito, a não ser se sujeitar ao fim do casamento decretado pelo juiz.

Isso porque, não custa repetir, trata-se de direitos potestativos, e não de direitos subjetivos em sentido estrito, o que impediria por completo que qualquer deles se sujeitasse a prazos prescricionais, mas, quando muito e, desde que expressamente previsto pelo ordenamento, a prazos decadenciais. (CALMON, Rafael. *Manual de partilha de bens: na separação, no divórcio e na união estável – aspectos materiais e processuais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 273- 274)

Em igual sentido, a partir da lógica relacionada à extinção dos condomínios, disserta Conrado Paulino da Rosa:

Esse entendimento também é explícito no art. 1.320, *caput*, do Código Civil, ao dispor que “a todo tempo será lícito ao condômino exigir a divisão da coisa comum, respondendo o quinhão de cada um pela sua parte nas despesas da divisão”. A expressão “a todo tempo” não deixa dúvidas: havendo o condômino, ainda que se passem dez, vinte ou cinquenta anos, por exemplo, esse lapso temporal, por mais longo que seja, não é obstáculo ou impedimento a que um dos condôminos, a qualquer momento e sem justificativa, peça a extinção do condomínio. É dizer: o direito de exigir a divisão da coisa comum é imprescritível.

Na mesma linha a doutrina de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald: “aliás, a faculdade da divisão é emanção do direito de propriedade, não se sujeitando assim a prazos prescricionais. Por mais que o condomínio tenha se dado por longos anos, poderá oportunizar o exercício à partilha da coisa quando assim entender. Daí a manifesta referência ao art. 1.320 do Código Civil ao direito de ‘a todo tempo’ ser facultada a divisão da coisa comum.

O que se extrai desse contexto todo é que o direito de partilha de bens é o direito de exigir a divisão do condomínio originado com o casamento, sendo, portanto, imprescritível. Em outras palavras, ‘o direito de exigir a divisão do condomínio é imprescritível, pois se trata

de um direito potestativo ao qual a lei não fixa um prazo decadencial; o direito de partilha de bens nada mais é do que o direito de exigir a divisão do condomínio que se instaurou com o casamento ou com a união estável, sendo igualmente imprescritível” (Direito de família contemporâneo. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023. p. 418; grifou-se).

Com efeito, independentemente de se entender pela subsistência de um estado de mancomunhão ou pela instituição de um condomínio, fato é que sua extinção ou cessação caracteriza-se como direito potestativo do cotitular – afastada a hipótese de prescrição, portanto.

Outrossim, ao se caracterizar como direito potestativo, ao qual o ordenamento jurídico pátrio não atribuiu um prazo decadencial, forçoso concluir pela possibilidade de ser exercido a qualquer tempo.

Sobre o tema, recorda-se do festejado ensaio elaborado por Agnelo Amorin Filho acerca do “Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis”, em que expõe:

Quanto às ações constitutivas, a lei só fixou prazo para a propositura de algumas delas: são aquelas que se encontram enumeradas no art. 178 [Código Civil de 1916], ao lado de várias ações condenatórias. As demais ações constitutivas, não estando, como não estão, sujeitas a qualquer prazo extintivo, devem ser classificadas como imprescritíveis, (ou perpétuas, segundo a denominação que propusemos). Com relação aos direitos exercidos por meio destas ações constitutivas não incluídas no art. 178, fica prevalecendo o princípio geral da perpetuidade dos direitos.

Convém acentuar que não existe, com referência às ações declaratórias e às constitutivas, qualquer dispositivo fixando prazo geral de extinção para aquelas não atingidas por prazos especiais, de vez que os arts. 177 e 179 do CC/1916, conforme já acentuamos e será demonstrado mais desenvolvidamente, só se aplicam às ações condenatórias. Já temos, assim, elementos para fixar a terceira e última regra: *São perpétuas (ou imprescritíveis) todas as ações declaratórias, e também aquelas ações constitutivas para as quais a lei não fixa prazo especial de exercício. Os resultados da aplicação da regra deduzida acima coincidem com a opinião generalizada a respeito da imprescritibilidade das ações declaratórias, da ação de divisão, de várias ações de estado, inclusive a investigatória de paternidade; da ação de demarcação, e de quase todas as ações de nulidade. Com a mesma regra ficam, pois, eliminadas aquelas discussões irredutíveis a respeito da prescritibilidade da ação investigatória de paternidade: ela é imprescritível porque é constitutiva e não tem prazo especial fixado em lei para o seu exercício. (Revista de Direito Civil Contemporâneo, São Paulo: RT, v. 7, ano 3, p. 343-375, abr./jun. 2016, p. 371 e 372; grifou-se).*

A partir de tais lições, à luz do que fora acima desenvolvido, afigura-se correto o entendimento adotado pela Corte local, segundo a qual, “com o fim do vínculo da conjugalidade, não raro, remanescem bens na esfera jurídica comum dos ex-cônjuges, dando ensejo a uma forma atípica de copropriedade. Desta feita, a divisão de tais bens pode ser requerida por qualquer dos condôminos, sem que o outro possa a essa pretensão se opor. Trata-se de direito potestativo não sujeito à prescrição ou decadência”.

De conseguinte, não merece acolhida a pretensão veiculada no apelo extremo interposto pela ré.

Insta ressaltar não se desconhecer a existência do julgamento realizado pela Terceira Turma deste Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Recurso Especial nº 1.660.947/TO, em que se entendeu pela configuração prescrição da pretensão de partilha de bens comuns, uma vez decorridos trinta anos da separação de fato e da realização de partilha amigável.

A síntese do julgado consta da seguinte ementa:

CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO NCPC. FAMÍLIA. DIVÓRCIO. PRETENSÃO DE PARTILHA DE BENS COMUNS APÓS 30 (TRINTA) ANOS DA SEPARAÇÃO DE FATO. PRESCRIÇÃO. REGRA DO ART. 197, I, DO CC/02. OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO. EQUIPARAÇÃO DOS EFEITOS DA SEPARAÇÃO JUDICIAL COM A DE FATO. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

1. Aplicabilidade das disposições do NCPC, no que se refere aos requisitos de admissibilidade do recurso especial ao caso concreto ante os termos do Enunciado Administrativo nº 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/15 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade na forma do novo CPC.

2. Na linha da doutrina especializada, razões de ordem moral ensejam o impedimento da fluência do curso do prazo prescricional na vigência da sociedade conjugal (art. 197, I, do CC/02), cuja finalidade consistiria na preservação da harmonia e da estabilidade do matrimônio.

3. Tanto a separação judicial (negócio jurídico), como a separação de fato (fato jurídico), comprovadas por prazo razoável, produzem o efeito de pôr termo aos deveres de coabitação, de fidelidade recíproca e ao regime matrimonial de bens (elementos objetivos), e revelam a vontade de dar por encerrada a sociedade conjugal (elemento subjetivo).

3.1. Não subsistindo a finalidade de preservação da entidade familiar e do respectivo patrimônio comum, não há óbice em considerar passível de término a sociedade de fato e a sociedade conjugal. Por conseguinte, não há empecilho à fluência da prescrição nas relações com tais coloridos jurídicos.

4. Por isso, a pretensão de partilha de bem comum após mais de 30 (trinta) anos da separação de fato e da partilha amigável dos bens comuns do ex-casal está fulminada pela prescrição.

5. Recurso especial não provido. (REsp nº 1.660.947/TO, relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 5/11/2019, DJe de 7/11/2019)

Entretanto, em um exame mais aprofundado, observa-se que o citado caso, analisado pelo colegiado, pautou-se precipuamente pela correta interpretação do art. 197, inciso I, do Código Civil – referente às hipóteses de suspensão e impedimento à prescrição, sem que tenha havido uma análise exauriente ou debate específico acerca da própria imprescritibilidade ou não da ação de partilha.

Ademais, conforme se depreende da ementa e do inteiro teor do julgado, a situação fática subjacente continha a particularidade de os ex-cônjuges terem realizado uma partilha consensual por ocasião da separação de fato, o que em nada se assemelha ao caso dos presentes autos, em que a partilha foi expressamente diferida na sentença que decretara o divórcio, isto é, relegada à fase posterior.

A singularidade acima mencionada, a qual denota uma espécie de pretensão de revisão da partilha consensual ou sobrepilha, é depreendida a partir do seguinte excerto do voto condutor:

Dessa forma, perfeitamente possível a mitigação daquele rol, que não é taxativo, pelo menos no caso em análise, em que houve comprovadamente separação de fato em 1980, ou seja, há mais de trinta anos do ajuizamento da ação de divórcio, e o ex-casal, naquela ocasião realizou a partilha consensual dos bens comuns adquiridos na constância do matrimônio, cujas circunstâncias fáticas não podem ser alteradas no recurso especial em virtude da Súmula nº 7 do STJ.

No caso, em que é incontroverso que houve a separação de fato do ex-cônjuges há mais de trinta anos e naquela mesma oportunidade operou-se a partilha consensual do patrimônio comum existente entre eles, impõe-se prestigiar a afirmativa do Tribunal tocantinense, no sentido de que a pretensão de M está prescrita, porque quando a ação foi proposta já havia superado o maior prazo prescricional constante do CC/16, ou seja, de vinte anos previsto no seu art. 177, aplicável ao caso porque a separação de fato ocorreu na sua vigência (1980) (grifou-se).

Desse modo, ante as citadas particularidades, que evidenciam a distinção fática entre os casos, bem assim a orientação jurídica adotada no presente voto, quanto a não sujeição da partilha a prazos extintivos, afasta-se a incidência da prescrição geral extintiva (art. 177 do CC/16 ou 205 do CC/02) ou mesmo da decadência.

2.4. Por fim, pondera-se que a decisão ora exarada, no sentido de manter o acórdão recorrido, implicará o retorno do feito ao primeiro grau, a fim de que tenha regular prosseguimento, inclusive quanto ao exame de outras teses defensivas, especificamente acerca da configuração de usucapião.

Ressalta-se, a título ilustrativo, que este Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a possibilidade de usucapião, uma vez satisfeitos os requisitos legais, entre ex-cônjuges, conforme revelam o *REsp nº 1.693.732/MG*, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 5/5/2020, DJe de 11/5/2020 e o *REsp nº 1.840.561/SP*, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 3/5/2022, DJe de 17/5/2022.

Conclusão

3. Do exposto, vota-se no sentido de negar provimento ao recurso especial. É como voto.

Tribunal de Justiça de Minas Gerais

APELAÇÃO CÍVEL Nº 5000077-84.2022.8.13.0172

RELATOR: DESEMBARGADOR PEDRO ALEIXO

AÇÃO DE DIVÓRCIO LITIGIOSO. ÓBITO DO AUTOR NO CURSO DA AÇÃO. MANIFESTAÇÃO INEQUÍVOCA DA VONTADE DAS PARTES. PRESENTE. DECRETAÇÃO DE DIVÓRCIO *POST MORTEM*. POSSIBILIDADE

O Código do Processo Civil, no art. 200, dispõe que os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais.

Apesar do óbito do autor ocorrido no decorrer da ação, considerando a presença de manifestação inequívoca da vontade das partes sobre o desejo de divorciarem, tem-se viabilizada sua decretação *post mortem*.

(TJMG; APCV 5000077-84.2022.8.13.0172; 4ª C.Civ.Esp.; Rel. Des. Pedro Aleixo; DJEMG 25/03/2024)

ACÓRDÃO

(SEGREDO DE JUSTIÇA)

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Cível Especializada do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO.

Desembargador Pedro Aleixo – Relator

VOTO

Trata-se de recurso de apelação cível interposto pelo ESPÓLIO DE O.A.S.F., falecido no curso da demanda como faz prova a certidão de óbito anexada aos autos (doc. de ordem nº 59), contra a sentença (doc. de ordem nº 72) prolatada nos autos da AÇÃO DE DIVÓRCIO DIRETO LITIGIOSO ajuizada em face de F.S.D.B., que extinguiu o feito, sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, IX, do CPC. Sem condenação em custas e honorários.

Em suas razões de recurso (doc. de ordem nº 78) o espólio apelante, em apertada síntese, sustenta que em audiência de mediação as partes já haviam manifestado sua vontade de divorciar. Afirma que o óbito do autor foi superveniente à manifestação do direito potestativo, bilateral de separar, que dependia apenas de ato judicial deliberatório para transformá-lo em ato público.

Com essas razões, pugna pelo provimento do recurso, a fim de que a sentença seja reformada, visando a decretação do divórcio do casal.

Ausente o preparo recursal por litigar sob o pálio da justiça gratuita (doc. de ordem nº 14).

Não foram apresentadas contrarrazões ao recurso de apelação (doc. de ordem nº 91).

Parecer do Ministério Público pelo conhecimento e provimento do recurso de apelação (doc. de ordem nº 94).

É o relatório. Decido.

Conheço do recurso vez que presentes os pressupostos para a sua admissibilidade.

Conforme estabelece o art. 200 do CPC, os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais.

Analisando os autos, é possível vislumbrar manifestações expressas e inequívocas do de cujus sobre o desejo de divorciar-se.

É preciso frisar o fato de que o falecido, além de ser o autor da ação de divórcio, em audiência de mediação anterior ao seu óbito manifestou expressamente esse desejo, com o qual concordou a apelada (doc. de ordem nº 27), *verbis*:

Em continuidade, foi proposta a solução consensual do conflito, a qual restou parcialmente frutífera nos seguintes termos:

1 – as partes concordam com a dissolução do vínculo matrimonial, que findou em 10/12/2021, sendo expedido o competente mandado de averbação para o respectivo cartório;

O STJ já se pronunciou sobre caso semelhante, *verbis*:

APELAÇÃO CÍVEL. DECRETAÇÃO DE DIVÓRCIO *POST MORTEM*. POSSIBILIDADE. MANIFESTAÇÃO INEQUÍVOCA DA VONTADE DAS PARTES. PARTILHA DE BENS. DIREITO SUCESSÓRIO. REVOGAÇÃO DA JUSTIÇA GRATUITA. PRECLUSÃO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO EM MOMENTO ADEQUADO.

1. A dissolução da vida conjugal traduz um direito potestativo, exigindo-se para decretação do divórcio apenas a vontade de uma ou de ambas as partes.

2. A inequívoca vontade de ambas as partes de não mais estarem em matrimônio não impede que, em razão do óbito de uma delas, não se decrete o divórcio.

3. A morte de um dos cônjuges leva a questão referente à partilha ao terreno do direito sucessório, devendo ser analisada no inventário.

4. A ausência de impugnação à justiça gratuita em momento adequado importa em preclusão quanto à rediscussão do tema (REsp nº 2.007.285, Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe de 14/04/2023 – grifo nosso).

De maneira análoga também já foi decidido por este egrégio Tribunal:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DIVÓRCIO. DIREITO POTESTATIVO. MORTE SUPERVENIENTE. DECLARAÇÃO *POST MORTEM*. POSSIBILIDADE.

Como direito potestativo, o divórcio pode ser declarado após a morte de um dos cônjuges no decorrer da ação, considerando a vontade já declarada de pôr fim ao casamento. (TJMG – Apelação Cível 1.0000.20.508965-9/002, Relator(a): Des.(a) Alice Birchal, 4ª Câmara Cível Especializada, julgamento em 09/11/2023, publicação da súmula em 10/11/2023)

Com essas razões DOU PROVIMENTO ao recurso de apelação para reformar a r. sentença recorrida e decretar o divórcio do casal, considerando como termo final do matrimônio a data de 10/12/2021.

Diante do resultado desse julgamento, condeno a ré/apelada ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, que fixou em 12% (doze por cento) do valor da causa, já incluídos os recursais.

Custas recursais pela apelada.

Suspensa a exigibilidade por litigar sob o palio da justiça gratuita.

Desembargadora Alice Birchal – De acordo com o Relator

Desembargador Kildare Carvalho – De acordo com o Relator.

SÚMULA: “DERAM PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO”.

DIRETRIZES PARA SUBMISSÃO DE ARTIGOS DOUTRINÁRIOS*

A Editora Magister propõe-se a divulgar a produção intelectual de autores da área jurídica.

Para submissão dos trabalhos, o(s) autor(es) deverá(ão) enviar seu(s) artigo(s) para o endereço: e-mail: editorial@editoramagister.com.

Os trabalhos recebidos serão analisados pelo Conselho Editorial.

Os trabalhos poderão ser devolvidos ao autor com sugestões de caráter científico. Caso as aceite, poderá adaptá-las ao texto e encaminhar para nova análise.

A aprovação do(s) texto(s) implica cessão imediata, independentemente de documento específico de autorização, e sem ônus. O autor continuará a deter os direitos autorais para publicações posteriores.

O envio de trabalhos à Editora Magister visando publicação implica aceitação dos termos e condições da Cessão de Direitos Autorais, que são:

– O recebimento de trabalhos não implica obrigatoriedade de publicação. A Editora Magister reserva-se o direito de aceitar ou vetar qualquer trabalho recebido, de acordo com as recomendações de seu Conselho Editorial. A priorização da publicação dos artigos aceitos decorrerá de juízo de oportunidade.

– A Editora Magister poderá utilizar o trabalho cedido pelo autor e aceito para publicação durante todo o prazo de vigência dos direitos autorais previstos na lei brasileira de Direitos Autorais.

– A utilização pela Editora Magister pode ser em qualquer meio, impresso e/ou eletrônico, já existente ou que venha a ser criado futuramente, isoladamente ou em conjunto com outras obras, podendo distribuir e comercializar em todos os meios existentes ou que venham a ser criados.

– Cabe à Editora Magister determinar todas as características editoriais e gráficas, acesso, forma de visualização, *download*, modo de distribuição, publicidade e divulgação.

– Não haverá remuneração ao autor. Como contrapartida, o autor receberá acesso à edição da REVISTA ELETRÔNICA, constante na biblioteca digital, na qual o texto for veiculado, dando quitação à Editora Magister.

– O(s) autor(es) autoriza(m) a Editora Magister a efetuar correções ou modificações para adequar o texto às normas de publicação e também às normas da ABNT.

– Somente *textos inéditos* serão aceitos para publicação nas revistas impressas. Textos já publicados serão considerados para publicação on-line.

– Os artigos devem tratar de tema não superado pela legislação vigente e pelo entendimento jurisprudencial dos tribunais superiores.

– Os conceitos e informações contidos nos textos, bem como as opiniões emitidas são de exclusiva responsabilidade dos autores.

– Os autores se comprometem a apresentar a origem da ideia do autor citado com as respectivas obras e anos de publicação, indicados nas Referências.

– O(s) autor(es) do artigo se declara(m) ciente(s) de que poderá(ão) responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado, isentando a Editora Magister de todo e qualquer reflexo acerca da publicação.

Para a aceitação dos trabalhos serão observados critérios de adequação à publicação, cumprimento das normas de formatação de artigos estabelecidas abaixo e normas da ABNT.

Obs.: para as revistas impressas, somente serão avaliados os artigos em que ao menos um dos autores tenha titulação de doutor ou livre-docente. As demais titulações são analisadas para publicação eletrônica. Artigos de autoria individual de graduandos não serão analisados. Somente serão analisados quando em coautoria com profissional atuante na área jurídica.

A qualidade científica será atestada pelo Conselho Editorial e por processo anônimo de avaliação por pares (*blind peer review*). As identidades do autor do trabalho e do conselheiro avaliador não serão informadas, de forma a preservar a imparcialidade e a independência na análise dos textos.

* Versão em inglês disponível em: <https://www.lex.com.br/vp-content/uploads/2024/04/Guidelines-for-papers-submission.pdf>

Formatação

Os textos encaminhados à Editora Magister para publicação devem conter a seguinte formatação:

– Os artigos deverão ser apresentados em arquivo eletrônico, formatados de acordo com as normas de documentação da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), em Word (ou compatível), folha tamanho A4, com no mínimo 10 e no máximo 25 laudas, na seguinte configuração:

– Em folha de rosto deve constar a autoria e titulação do(s) autor(es), profissão exercida e endereço eletrônico.

– Os textos devem ser assinados por, no máximo, *três autores*.

– Título em português e em inglês, incluído o subtítulo (quando houver), realçado em negrito. Título e subtítulo do artigo devem ter apenas a primeira letra de cada frase em maiúscula, salvo nos casos em que o uso desta seja obrigatório.

– O sumário deve ser posicionado logo abaixo do título e reproduzir somente número e nome das seções principais que compõem o artigo.

– Não deve ser utilizado o tabulador (TAB) para determinar recuos de primeira linha.

– Resumo em português e em inglês, com no mínimo 100 e no máximo 250 palavras, em espaço simples, cujo conteúdo apresente campo de estudo, objetivo, método, resultado e conclusão.

– Palavras-chave: até 5 (cinco) termos em português e em inglês (*keywords*), separados e finalizados por ponto.

– Corpo do texto: configuração de página para papel A4, com margens esquerda e superior de 3,0 cm, e direita e inferior de 2,0 cm, alinhamento justificado.

– Parágrafos: fonte Times New Roman, letra tamanho 12, espaço entrelinhas 1,5 cm e sem espaço entre os parágrafos, recuo de 1,5 cm na primeira linha.

– As citações no corpo do texto devem ser feitas no sistema autor-data: sobrenome do autor, com a letra inicial em maiúscula, seguido da data da publicação e, no caso da citação direta, da página da publicação. Quando se tratar de dois autores, ambos devem ser citados. No caso de mais de dois autores, a citação deve ser acompanhada pelo sobrenome do autor seguido da expressão “*et al.*”.

– As referências completas devem ser apresentadas apenas ao final do texto, em ordem alfabética, segundo os padrões da ABNT (NBR-6023).

– As citações com mais de três linhas devem ser feitas em parágrafo independente, com recuo de 4 cm; fonte no tamanho 10; espaçamento simples, sem aspas e sem itálico; as citações com até três linhas devem ser inseridas no próprio corpo do texto, entre aspas e sem itálico; o itálico deve ser utilizado somente para destacar palavras que não pertençam à língua portuguesa e para realce de expressões.

– As notas devem ser evitadas sempre que possível, no entanto, quando apontadas no corpo do texto, devem ser indicadas com números arábicos sequenciais, imediatamente depois da frase a que digam respeito.

– Os trabalhos recebidos para análise e aprovados não serão devolvidos aos autores. Aqueles que não forem apresentados em conformidade com as normas da ABNT serão desconsiderados, exceto aqueles cuja inadequação seja mínima e a critério da Comissão Editorial. Fica facultado à comissão entrar em contato com o autor cujo artigo científico apresente pequena desconformidade com as normas da ABNT, a fim de que ele efetue a correção no prazo de cinco dias corridos contados da comunicação.

– Serão desconsiderados os artigos redigidos em desconformidade com a norma culta da língua portuguesa e com as diretrizes para redação de textos acadêmicos, quais sejam, vocabulário técnico, clareza, precisão e impessoalidade.

Qualquer formatação não estabelecida nestas diretrizes fica a critério do autor.

O processo de avaliação leva entre 15 e 120 dias.