

DA PENA DE SONEGADOS NA SUCESSÃO. ALGUMAS ANOTAÇÕES FRENTE AO NOVO CPC

Flávio Tartuce¹



pena de sonegados na sucessão é tratada pelo art. 1.992 do Código Civil brasileiro em vigor, sendo instituída em três hipóteses: *a)* se o herdeiro não descrever bens no inventário quando estejam em seu poder, ou, com o seu conhecimento, estejam no poder de outrem; *b)* se o herdeiro omitir bens na colação, a que os deva levar; e *c)* se o herdeiro deixar de restituir bens, quando tal medida for necessária para a partilha. Como consequência de tais atos, a mesma norma estatui que o herdeiro perderá o direito que sobre os bens sonegados lhe cabiam. Conforme leciona Rubens Limongi França, trata-se de um “instituto complementar à execução da herança que tem por fim prevenir, compor e punir a omissão de bens do espólio, por parte de algum herdeiro, do inventariante ou do testamentário” (*Instituições de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 925).

Como é notório na civilística, para a imposição dessa séria pena civil, exige-se a presença de dois elementos: um *objetivo* – qual seja a ocultação dos bens em si – e outro *subjetivo* – o ato malicioso do ocultador, o seu dolo, a sua intenção de prejudicar os outros herdeiros. A propósito da exigência da presença do dolo para a sonegação serve como ilustração o seguinte *decisum* superior, entre os mais recentes: “a renitência do meeiro

¹ Doutor em Direito Civil pela USP. Mestre em Direito Civil Comparado pela PUC-SP. Professor titular permanente do programa de mestrado e doutorado da FADISP. Professor e coordenador dos cursos de pós-graduação *lato sensu* da EPD. Professor da Rede LFG. Diretor do IBDFAM – Nacional e vice-presidente do IBDFAM/SP. Advogado em São Paulo, parecerista e consultor jurídico.

em apresentar os bens no inventário não configura dolo, sendo necessário, para tanto, demonstração inequívoca de que seu comportamento foi inspirado pela fraude. Não caracterizado o dolo de sonegar, afasta-se a pena da perda dos bens (CC, art. 1.992)” (STJ, REsp 1.267.264/RJ, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/05/2015, *DJe* 25/05/2015).

Em relação ao elemento subjetivo, na doutrina, Euclides de Oliveira, Sebastião Amorim (*Inventários e partilhas*. 20. ed. São Paulo: Leud, 2006, p. 363), Maria Helena Diniz (*Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 6: Direito das sucessões, p. 391), Zeno Veloso (*Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 21, p. 398), Dimas Messias de Carvalho e Dimas Daniel de Carvalho (*Direito das sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, v. III, p. 287-288) entendem pela necessidade da prova do dolo por quem alega a ocultação. Essa também é a posição doutrinária deste autor, em obra sobre o tema (TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, v. 6: Direito das sucessões, p. 584).

Essa posição, além de prevalecer na doutrina, também é amplamente majoritária na jurisprudência nacional. Nesse sentido, do Tribunal da Cidadania: “Sonegados. Sobrepartilha. Interpelação do herdeiro. Prova do dolo. A ação de sonegados não tem como pressuposto a prévia interpelação do herdeiro, nos autos do inventário. Se houver a arguição, a omissão ou a negativa do herdeiro caracterizará o dolo, admitida prova em contrário. Inexistindo arguição nos autos do inventário, a prova do dolo deverá ser apurada durante a instrução. Admitido o desvio de bens, mas negado o dolo, não é aplicável a pena de sonegados, mas os bens devem ser sobrepartilhados. Ação parcialmente procedente. Recurso conhecido e provido em parte” (STJ, REsp 163.195/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 12/05/1998, *DJ* 29/06/1998, p. 217). Não discrepa a posição desta Corte Estadual, afastando a caracterização do ato de

sonegação se a outra parte não faz tal comprovação da intenção de fraudar. Nesse sentido, a ilustrar, entre muitos acórdãos:

“Apelação. Ação de sonegados. Preliminar de nulidade afastada. Não comprovada a interpelação do réu para declarar os bens ditos como sonegados. Um dos bens está relacionado no inventário. Outros bens são litigiosos e quanto a eles não há que se falar em sonegação, devendo submeter-se à sobrepartilha caso depois passem a integrar o espólio (art. 1.040, inc. III, do CPC). (...). Não demonstrado, contudo, que houve dolo, sendo este imprescindível para a aplicação da pena de sonegados. Sentença mantida por seus próprios fundamentos (art. 252 do RITJSP). Recurso desprovido” (TJSP, Apelação 0097075-45.2000.8.26.0000, Acórdão 5551413, 7ª Câmara de Direito Privado, Ribeirão Preto, Rel. Des. Gilberto de Souza Moreira, j. 14/09/2011, *DJESP* 07/12/2011).

“AÇÃO DE SONEGADOS. IMPROCEDÊNCIA COM IMPOSIÇÃO DE CONDUTA DE MÁ-FÉ. INCONFORMISMO. ACOLHIMENTO EM PARTE. AUSÊNCIA DE PROVA DO DOLO NA SONEGAÇÃO, CAPAZ DE JUSTIFICAR A IMPOSIÇÃO DA PENALIDADE CORRESPONDENTE. Sonegação, no entanto, que ocorreu, justificando, ao menos em tese, a propositura da demanda, sem que se possa vislumbrar conduta reprovável ou de dano processual. Litigância de má-fé afastada. Verba honorária reduzida, em atenção à simplicidade da causa e da prova e aos termos do art. 20, §§ 4º e 3º, do CPC. Sentença modificada em parte. Recurso provido em parte” (TJSP, Apelação com revisão n. 201.564.4/3, Acórdão n. 3511173, Assis, Nona Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Grava Brasil, julgado em 03/03/2009, *DJESP* 07/04/2009).

Como não poderia ser diferente, tal interpretação deve guiar a incidência do art. 1.993 do Código Civil, ao estabelecer que, se o sonegador for o próprio inventariante, será ele removido da inventariança. O ônus dessa prova, por óbvio, também cabe a quem alega, nos termos do art. 373, inciso I, do

CPC/2015, correspondente ao art. 333, inciso I, do CPC/1973.

No que concerne aos procedimentos, Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim ensinam que a sonegação deve ser arguida nos próprios autos do inventário e “havendo apresentação do bem, serão aditadas as declarações, para o regular seguimento do processo. Mas se persistir a recusa, a controvérsia haverá de ser resolvida em vias próprias, por meio da ação de sonegados” (*Inventário e partilha*. Teoria e prática. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 343). Como defendo em sede doutrinária, essa posição deve ser mantida na vigência do Novo CPC, pois de acordo com a instrumentalidade e a facilitação retiradas do Estatuto Processual emergente (TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, v. 6: Direito das sucessões, p. 587). Na grande maioria das vezes, no sistema anterior, estar-se-ia diante de uma questão de alta indagação, o que justificaria a ação específica. Concluindo dessa maneira, a ilustrar, vejamos outro aresto do Superior Tribunal de Justiça, do ano de 2013:

“Direito civil. Direito processual civil. 1) Ação ordinária de colação e sonegados. Depósito expressivo em caderneta de poupança conjunta do *de cuius* com herdeiros. Apropriação pelos herdeiros mediante a saída do *de cuius* da titularidade da conta. Valor não levado pelos herdeiros à partilha no inventário. Ação de colação de sonegados procedente. 2) Julgamento por vara cível, a que remetidos os autos pelo juízo do inventário, por decisão irrecorrida. Questão de alta indagação ou dependente de provas. Inexistência de nulidade no julgamento pela vara cível. Ausência de prejuízo. 3) Ação ordinária de colação adequada. 4) Preclusão de homologação inexistente. Partilha amigável que não impede de colação de bens sonegados. 5) Recurso especial improvido. 1. Devem ser relacionados no inventário valores vultosos de caderneta de poupança conjunta, mantida por herdeiros com o *de cuius*, ante a retirada deste da titularidade da conta, permanecendo o valor, não trazido ao inventário, em poder dos

herdeiros. 2. Válido o julgamento da matéria obrigacional, antecedente do direito à colação, de alta indagação e dependente de provas, por Juízo de Vara Cível, para o qual declinada, sem recurso, a competência, pelo Juízo do Inventário. Matéria, ademais, não cognoscível por esta Corte (Súmula 280/STF). 3. Ação de colação adequada, não se exigindo a propositura, em seu lugar, de ação de sobrepartilha, consequência do direito de colação de sonegados cujo reconhecimento é antecedente necessário da sobrepartilha. 4. O direito à colação de bens do *de cuius* em proveito de herdeiros necessários subsiste diante da partilha amigável no processo de inventário, em que omitida a declaração dos bens doados inoficiosamente e que, por isso, devem ser colacionados. 5. Recurso especial improvido” (STJ, REsp 1.343.263/CE, 3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 04/04/2013, DJe 11/04/2013).

Não se olvide que o Código de Processo Civil de 2015 não faz mais menção às questões de alta indagação no seu art. 612, correspondente ao antigo art. 984 do CPC/1973. O dispositivo em vigor expressa apenas as questões que dependerem de outras provas, além da documental. Sendo assim, se a ação de sonegados demandar um aprofundamento da questão probatória, com a necessidade de oitiva de testemunhas e realização de perícias, haverá necessidade de uma ação específica, agora pelo procedimento comum, devendo, assim, a questão ser analisada sob a ótica do Estatuto Processual emergente. No mais, aquele antigo entendimento jurisprudencial deve ser mantido, com as devidas adaptações das expressões.

A encerrar, cabe pontuar que a remoção da inventariante em decorrência da pena de sonegados deve ser somente admitida em casos excepcionais, desde que o elemento malicioso da sua configuração esteja presente, e devidamente provado. Em outras palavras, não havendo provas efetivas do ato subjetivo de ocultação em sede de inventário, e sendo tal fato dependente de provas complexas, não poderá ser admitida a drástica medida. O que

quase sempre querem as partes de um inventário é o seu encerramento e não a existência de disputas intermináveis, aumentando-se gravemente a litigiosidade se a remoção da inventariante for feita sem critérios, o que muitas vezes se vê na prática, infelizmente.

STF ENCERRA O JULGAMENTO SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL. E AGORA?

Flávio Tartuce



Finalmente, o Supremo Tribunal Federal encerrou, no último dia 10 de maio de 2017, o julgamento sobre a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil. Após pedido de vistas do Ministro Marco Aurélio, dois processos foram julgados em definitivo, ambos com repercussão geral (Temas 498 e 809).

O primeiro deles foi o Recurso Extraordinário n. 878.694/MG (Tema 809), que teve como Relator o Ministro Luís Roberto Barroso. Tal julgamento teve início em agosto de 2016, já havendo desde então sete votos pela inconstitucionalidade da norma, na linha do proposto pela relatoria. Votaram nesse sentido os Ministros Luiz Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello e Cármen Lúcia, além do próprio Ministro Barroso.

Após pedido de vistas do Ministro Dias Toffoli, o processo retomou seu destino neste ano de 2017, tendo esse último julgador concluído pela constitucionalidade da norma, pois haveria justificativa constitucional para o tratamento diferenciado entre o casamento e a união estável (voto prolatado no último dia 30 de março). O Ministro Marco Aurélio pediu novas vistas, unindo também o julgamento do Recurso Extraordinário n. 646.721/RS, que tratava da sucessão de companheiro homoafetivo, do qual era Relator, justamente o segundo processo (Tema 498).

Em maio de 2017 foram retomados os julgamentos das duas demandas, iniciando-se pela última. Para começar, o Ministro Marco Aurélio apontou não haver razão para a distinção

entre a união estável homoafetiva e a união estável heteroafetiva, na linha do que fora decidido pela Corte quando do julgamento da ADPF 132/RJ, em 2011. Porém, no que concerne ao tratamento diferenciado da união estável diante do casamento, asseverou não haver qualquer inconstitucionalidade, devendo ser preservado o teor do art. 1.790 do Código Civil, na linha do que consta do art. 226, § 3º do Texto Maior que, ao tratar da conversão da união estável em casamento, reconheceu uma hierarquia entre as duas entidades familiares. Ao final, restou vencido, prevalecendo a posição dos Ministros Luís Roberto Barroso, Luiz Edson Fachin, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello, Cármen Lúcia e Alexandre de Moraes. Frise-se que o último julgador não votou no processo anterior – pois ainda era magistrado o Ministro Teori Zavascki –, mas prolatou sua visão na demanda envolvendo a sucessão homoafetiva. Com o Relator, apenas votou o Ministro Ricardo Lewandowski, que adotou a premissa *in dubio pro legislatore*.

Assim, o placar do julgamento do Tema 498 foi de 8 votos a 2, ausente o Ministro Dias Tofoli. Conforme consta da publicação inserida no *Informativo* n. 864 da Corte, “o Supremo Tribunal Federal (STF) afirmou que a Constituição prevê diferentes modalidades de família, além da que resulta do casamento. Entre essas modalidades, está a que deriva das uniões estáveis, seja a convencional, seja a homoafetiva. Frisou que, após a vigência da Constituição de 1988, duas leis ordinárias equipararam os regimes jurídicos sucessórios do casamento e da união estável (Lei 8.971/1994 e Lei 9.278/1996). O Código Civil, no entanto, desequiparou, para fins de sucessão, o casamento e as uniões estáveis. Dessa forma, promoveu retrocesso e hierarquização entre as famílias, o que não é admitido pela Constituição, que trata todas as famílias com o mesmo grau de valia, respeito e consideração. O art. 1.790 do mencionado código é inconstitucional, porque viola os princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da

proporcionalidade na modalidade de proibição à proteção deficiente e da vedação ao retrocesso”.

Quanto ao processo original, o que iniciou o julgamento da questão (RE 878.694/MG) apenas se confirmou o que estava consolidado desde o ano passado, entendendo pela constitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, e mantendo-se a coerência de posições com a demanda anterior. Neste primeiro processo, o placar foi de 8 a 3, portanto (Tema 809). Mais uma vez, conforme consta do *Informativo* n. 864 do STF, “o Supremo Tribunal Federal afirmou que a Constituição contempla diferentes formas de família, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável. Portanto, não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada por casamento e a constituída por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares mostra-se incompatível com a Constituição. O art. 1.790 do Código Civil de 2002, ao revogar as Leis 8.971/1994 e 9.278/1996 e discriminar a companheira (ou companheiro), dando-lhe direitos sucessórios inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade na modalidade de proibição à proteção deficiente e da vedação ao retrocesso”.

Por fim, ficou destacado que, com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento sobre a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil deve ser aplicado apenas aos inventários judiciais em que a sentença de partilha não tenha transitado em julgado e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública. A tese final firmada, para os devidos fins de repercussão geral, foi aquela conhecida desde o ano passado: “no sistema constitucional vigente, é inconstitucional a diferenciação de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime

estabelecido no artigo 1.829 do Código Civil”.

Relembro que sempre estive filiado à corrente que via inconstitucionalidade apenas no inciso III do art. 1.790 do Código Civil, por colocar o convivente em posição de desprestígio ante os ascendentes e colaterais até o quarto grau, recebendo um terço do que esses recebessem. Aliás, alguns Tribunais Estaduais tinham reconhecido a inconstitucionalidade desse último diploma, por meio do seu Órgão Especial, caso do Tribunal de Justiça do Paraná e do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Entretanto, reitero que o momento é de aceitar a decisão do STF, conforme expunham dois dos nossos grandes sucessionistas, os Professores Zeno Veloso e Giselda Hironaka, citados no julgamento. A principal vantagem do *decisum* é resolver a grande instabilidade jurídica sucessória verificada no Brasil desde a vigência do Código Civil de 2002, colocando fim a debates sobre a inconstitucionalidade ou não do art. 1.790 do Código Civil.

Assim, tendo sido esse o julgamento final, como ficam os processos de inventário em curso? E os novos processos? Como devem ser elaboradas as escrituras públicas de inventários pendentes em Tabelionatos de Notas de todo o País? O companheiro passa a ser herdeiro necessário? A equiparação entre a união estável e o casamento é para todos os fins sucessórios? Atinge também todos os fins familiares? E agora? Tentaremos aqui responder tais dúvidas, pelo menos brevemente.

De início, tendo prevalecido essa forma de julgar, além da retirada do sistema do art. 1.790 do Código Civil, o companheiro passa a figurar ao lado do cônjuge na ordem de sucessão legítima (art. 1.829). Desse modo, concorre com os descendentes o que depende do regime de bens adotado. Concorre também com os ascendentes o que independe do regime. Na falta de descendentes e de ascendentes, o companheiro recebe a herança sozinho, como ocorre com o cônjuge, excluindo os colaterais até o quarto grau (irmãos, tios, sobrinhos, primos, tios-avôs e sobrinhos-netos). Ressalto que tenho visto na imprensa várias

notícias fazendo cálculos equivocados da divisão patrimonial, sem levar em conta o regime de bens adotado no casamento, o que é fundamental não só para a meação, como também para a sucessão, pelo que consta o primeiro inciso da última norma.

Na publicação do acórdão foi mantida a modulação dos efeitos reconhecida em 2016, sem qualquer ressalva, apesar de debates no julgamento final. Conforme o voto do Ministro Barroso, “é importante observar que o tema possui enorme repercussão na sociedade, em virtude da multiplicidade de sucessões de companheiros ocorridas desde o advento do CC/2002. Assim, levando-se em consideração o fato de que as partilhas judiciais e extrajudiciais que versam sobre as referidas sucessões encontram-se em diferentes estágios de desenvolvimento (muitas já finalizadas sob as regras antigas), entendo ser recomendável modular os efeitos da aplicação do entendimento ora afirmado. Assim, com o intuito de reduzir a insegurança jurídica, entendo que a solução ora alcançada deve ser aplicada apenas aos processos judiciais em que ainda não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, assim como às partilhas extrajudiciais em que ainda não tenha sido lavrada escritura pública” (STF, Recurso Extraordinário n. 878.694/MG, Relator Ministro Luís Roberto Barroso).

Em suma, a tese da repercussão geral aplica-se, sim, aos processos de inventário em curso, desde que não haja decisão transitada em julgado, sem pendência de recurso. Por outra via, em havendo sentença ou acórdão aplicando o art. 1.790 da codificação material, esse deve ser revisto em superior instância, com a subsunção do art. 1.829 do Código Civil. Em relação aos inventários extrajudiciais pendentes, as escrituras públicas devem ser elaboradas com o novo tratamento dado pela nossa Corte Máxima. Em todos esses casos, as afirmações valem desde que a sucessão tenha sido aberta a partir de 11 de janeiro de 2003, conforme determina o art. 2.041 do Código Civil de 2002, *in verbis*: “as disposições deste Código relativas à ordem da

vocação hereditária (arts. 1.829 a 1.844) não se aplicam à sucessão aberta antes de sua vigência, prevalecendo o disposto na lei anterior (Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916)”.

Apesar do alerta anterior feito por parte da doutrina, algumas questões ficaram pendentes no julgamento do STF. A primeira delas diz respeito à inclusão ou não do companheiro como herdeiro necessário no art. 1.845 do Código Civil, outra tormentosa questão relativa ao Direito das Sucessões e que tem numerosas consequências. O julgamento nada expressa a respeito da dúvida. Todavia, lendo os votos prevaletentes, especialmente o do Relator do primeiro processo, a conclusão parece ser positiva. Como consequências, alguns efeitos podem ser destacados. Vejamos apenas três deles, pela dimensão inicial deste artigo: *a*) incidência das regras previstas entre os arts. 1.846 e 1.849 do CC/2002 para o companheiro, o que gera restrições na doação e no testamento, uma vez que o convivente deve ter a sua legítima protegida, como *herdeiro reservatário*; *b*) o companheiro passa a ser incluído no art. 1.974 do Código Civil, para os fins de rompimento de testamento, caso ali também se inclua o cônjuge; *c*) o convivente tem o dever de colacionar os bens recebidos em antecipação (arts. 2.002 a 2.012 do CC), sob pena de sonogados (arts. 1.992 a 1.996), caso isso igualmente seja reconhecido ao cônjuge.

No que concerne ao direito real de habitação do companheiro, também não mencionado nos julgamentos, não resta dúvida da sua existência, na linha do que vinham reconhecendo a doutrina e a jurisprudência superior. Nesse sentido, entre os acórdãos mais recentes: “o Código Civil de 2002 não revogou as disposições constantes da Lei n. 9.278/96, subsistindo a norma que confere o direito real de habitação ao companheiro sobrevivente diante da omissão do Código Civil em disciplinar tal matéria em relação aos conviventes em união estável, consoante o princípio da especialidade” (STJ, AgRg no REsp 1.436.350/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO,

TERCEIRA TURMA, julgado em 12/04/2016, DJe 19/04/2016).

Mas qual a extensão desse direito real de habitação ao companheiro? Terá o direito porque subsiste no sistema o art. 7º, parágrafo único, da Lei n. 9.278/1996, na linha do último julgado? Ou lhe será reconhecido esse direito real de forma equiparada ao cônjuge, por força do art. 1.831 do Código Civil? Como é notório, os dois dispositivos têm conteúdos distintos. O Supremo Tribunal Federal não enunciou expressamente essa questão, apesar de tender à última resposta, cabendo à doutrina e à própria jurisprudência ainda resolvê-la.

Por derradeiro, a equiparação feita pelo STF também inclui os devidos fins familiares sendo, portanto, total? Há quem entenda que sim, caso de José Fernando Simão e Mário Luiz Delgado, para os quais a união estável passa a ser um *casamento forçado*. Lembro, como sempre pontuo, que o Novo Código de Processo Civil já fez essa equiparação, para quase todos os fins processuais.

Apesar de ser uma posição louvável – retirada notadamente do voto do Ministro Barroso –, penso que devemos *dar tempo ao tempo*, como tem pontuado Giselda Hironaka em suas exposições sobre o assunto. A propósito, surge corrente respeitável, encabeçada por Anderson Schreiber e outros, no sentido de haver equiparação somente para os fins de *normas de solidariedade*, caso das regras sucessórias, de alimentos e de regime de bens. Em relação às *normas de formalidade*, como as relativas à existência formal da união estável e do casamento, aos requisitos para a ação de alteração do regime de bens do casamento (art. 1.639, § 2º do CC e art. 734 do CPC) e às exigências de outorga conjugal, a equiparação não deve ser total. Confesso que essa última e novel posição tem me seduzido.

De toda sorte, vejamos qual será o rumo que a civilística brasileira tomará nos próximos anos. Como se pode perceber, os julgamentos do Supremo Tribunal Federal resolveram um

aspecto importante, qual seja a retirada do art. 1.790 do Código Civil do sistema sucessionista nacional. Porém, alguns rastros ficaram. Temos algumas pistas, mas não o caminho definitivo para todos os problemas.

DO PRAZO DE PRESCRIÇÃO APLICÁVEL AOS CASOS DE ABANDONO AFETIVO

Flávio Tartuce



Como demonstrado em texto anterior, publicado neste canal, muitos acórdãos da recente jurisprudência brasileira têm afastado a indenização por abandono afetivo, não obstante o seu reconhecimento quando do acórdão prolatado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n. 1.159.242/SP, do ano de 2012. Diante desse panorama recente, recomendamos naquele artigo que os pedidos de indenização por abandono afetivo sejam bem formulados, inclusive com a instrução ou realização de prova psicossocial do dano suportado pelo filho. Notamos, também em nossa pesquisa, que muitos dos arestos estão orientados pela afirmação de que não basta a prova da simples ausência de convivência para que caiba a indenização por abandono afetivo.

A nossa impressão, conforme as palavras finais do texto, foi no sentido de que a doutrina contemporânea foi bem *festiva* em relação à admissão da reparação imaterial por abandono afetivo pelo Tribunal da Cidadania. Porém, no âmbito das Cortes Estaduais há certo ceticismo, com numerosos julgados que afastam a indenização. E muitos deles o fazem com base no prazo prescricional a ser aplicado à espécie, o que aqui pretendemos abordar.

De início, esclareça-se que, por se tratar de demanda reparatória de danos, o prazo eventualmente aplicado é de prescrição, e não de decadência. Como é cediço, o Código Civil de 2002 acabou por adotar os critérios desenvolvidos por Agnelo Amorim Filho, em clássico estudo sobre os prazos, publicado na *Revista dos Tribunais* n. 300. Isso foi feito em prol da *operabilidade*, em um sentido de facilitação dos institutos privados, um

dos baluartes principiológicos da codificação em vigor. Seguindo tal orientação, os prazos de prescrição são associados às ações condenatórias, caso das demandas relativas à responsabilidade civil, seja ela contratual ou extracontratual. Já os prazos de decadência associam-se às ações constitutivas positivas ou negativas, como ocorre no reconhecimento de nulidade relativa de um ato ou negócio jurídico, nos termos dos arts. 178 e 179 do Código Civil, sem prejuízo de outras normas que tratam da anulabilidade.

Pois bem, a corrente amplamente majoritária entende que o prazo prescricional, em casos tais, é de três anos, afirmando-se a subsunção do prazo especial para a reparação civil, previsto no art. 206, § 3º, inc. V, do Código Civil. No âmbito estadual, numerosos julgados seguem essa vertente, do prazo exíguo, diante de uma suposta subsunção perfeita ao caso concreto. Vejamos cinco deles, dos últimos dois anos e de cada uma das regiões do País.

De início, do Tribunal de Justiça do Paraná: “Ação reparatoria de danos morais e materiais em razão do homicídio da mãe dos autores e do abandono afetivo em tese praticado pelo requerido. Prescrição. Aplicação do prazo trienal previsto no art. 206, § 3º, V, CCB. Autores absolutamente incapazes à época dos fatos. Início do prazo prescricional com o alcance da maioria” (TJPR, Apelação cível n. 1601201-4, Ipiranga, Décima Câmara Cível, Relª Desª Ângela Khury Munhoz da Rocha, julgado em 08/06/2017, *DJPR* 21/07/2017, pág. 130). Do Tribunal de São Paulo: “Incidência do prazo de três anos previsto no artigo 206, § 3º, inciso V, do Código Civil de 2002, em consonância com o artigo 2.028 do mesmo diploma legal” (TJSP, Apelação n. 0013103-59.2012.8.26.0453, Acórdão n. 9425346, Pirajuí, Quinta Câmara de Direito Privado, Rel. Des. A. C. Mathias Coltro, julgado em 04/05/2016, *DJESP* 17/05/2016).

Da Região Centro-Oeste, posicionou-se o Tribunal do Distrito Federal no sentido de que “a pretensão indenizatória da

autora/recorrente prescreve em três anos, na esteira do art. 206, § 3º, inciso V, do Código Civil. Além disso, fundamenta-se no descumprimento, pelo réu/recorrido, das obrigações inerentes ao poder familiar, incluindo o amparo moral e econômico. Os deveres relativos ao poder familiar cessam com a maioria plena, ainda que o genitor não os exerça. De fato, a simples alegação de que o requerido/apelado não cumpriria as obrigações relativas ao poder familiar não tem o condão de afastar a incidência da causa suspensiva prevista no art. 197, inciso II, do Código Civil. Sendo assim, resta claro que qualquer pretensão relacionada ao inadimplemento dos deveres inerentes ao poder familiar somente pode ser demandada quando encerrada a causa suspensiva acima mencionada, ou seja, com a maioria plena do filho ou com a emancipação deste” (TJDF, Apelação cível n. 2015.01.1.064396-6, Acórdão n. 101.8971, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Rômulo de Araújo Mendes, julgado em 11/05/2017, *DJDFTE* 30/05/2017).

Seguindo, do Estado da Paraíba, no mesmo sentido: “a pretensão de reparação civil por abandono afetivo nasce quando cessa a menoridade civil do autor, caso a suposta paternidade seja de seu conhecimento desde a infância, estando sujeita ao prazo prescricional de três anos” (TJPB, Recurso n. 0028806-67.2013.815.0011, Quarta Câmara Especializada Cível, Rel. Des. Romero Marcelo da Fonseca Oliveira, *DJPB* 11/04/2016). Por derradeiro, chegando-se ao Amazonas, tem-se que “a pretensão de indenização por abandono afetivo prescreve em três anos, conforme o prazo estabelecido no art. 206, § 3º, V, do Código Civil, e começa a contar a partir da maioria do alimentando. No caso concreto deve ser reconhecida a prescrição, porquanto a presente ação foi ajuizada quase sete anos após o autor atingir a maioria” (TJAM, Apelação n. 0622496-32.2013.8.04.0001, Primeira Câmara Cível, Relª Desª Maria das Graças Pessoa Figueiredo, *DJAM* 17/08/2017, p. 12).

Como se pode perceber, todos os julgados transcritos

acabam por concluir que o prazo prescricional de três anos tem início com a maioridade do filho, pois, nos termos do art. 197, inc. II, do Código Civil, não corre a prescrição entre ascendentes e descendentes durante o poder familiar, o que é cessado quando o filho completa dezoito anos, em regra. Esse dispositivo, segundo tal interpretação, deve prevalecer sobre outra, enunciada pelo art. 198, inc. I, da mesma codificação, segundo a qual não corre a prescrição contra os absolutamente incapazes, os menores de dezesseis anos. Sendo assim, o prazo prescricional para o abandono afetivo acaba por vencer quando o filho completa vinte e um anos de idade (18 anos + 3 da prescrição).

Entre colegas professores consultados, assim se posicionam Ricardo Calderón, Rodrigo Toscano de Brito, João Ricardo Brandão Aguirre, Maurício Bunazar, Marcelo Truzzi Otero, Eduardo Busatta, Fábio Azevedo, Alexandre Gomide, Maurício Andere Von Bruck Lacerda, Roberto Lima Figueiredo, Marcelo Junqueira Calixto, Marco Aurélio Bezerra de Melo, Fernando Carlos de Andrade Sartori e Marcos Ehrhardt Júnior. No âmbito do STJ existe acórdão da Terceira Turma concluindo exatamente dessa forma: “Indenização por danos morais decorrentes do abandono afetivo. Prescrição. Aplicação do prazo prescricional trienal previsto no artigo 206 § 3º, inciso V, do CC/2002. Precedentes deste Tribunal” (STJ, AREsp 842.666/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, *DJE* 29/06/2017).

Porém, é preciso aqui fazer uma ressalva, pois, se os fatos tiverem ocorrido na vigência do Código Civil de 1916, há que se aplicar o prazo geral de vinte anos para as ações pessoais, previsto no art. 177 da codificação revogada. Nessa linha, importante precedente da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual “os direitos subjetivos estão sujeitos a violações, e quando verificadas, nasce para o titular do direito subjetivo a faculdade (poder) de exigir de outrem uma ação ou omissão (prestação positiva ou negativa), poder este

tradicionalmente nomeado de pretensão. A ação de investigação de paternidade é imprescritível, tratando-se de direito personalíssimo, e a sentença que reconhece o vínculo tem caráter declaratório, visando acertar a relação jurídica da paternidade do filho, sem constituir para o autor nenhum direito novo, não podendo o seu efeito retro-operante alcançar os efeitos passados das situações de direito. O autor nasceu no ano de 1957 e, como afirma que desde a infância tinha conhecimento de que o réu era seu pai, à luz do disposto nos artigos 9º, 168, 177 e 392, III, do Código Civil de 1916, o prazo prescricional vintenário, previsto no Código anterior para as ações pessoais, fluiu a partir de quando o autor atingiu a maioridade e extinguiu-se assim o ‘pátrio poder’. Todavia, tendo a ação sido ajuizada somente em outubro de 2008, impõe-se reconhecer operada a prescrição, o que inviabiliza a apreciação da pretensão quanto a compensação por danos morais” (STJ, REsp 1.298.576/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, julgado em 21/08/2012, DJe 06/09/2012).

Com o devido respeito às posições expostas, entendo que, em casos de abandono afetivo, não há que se reconhecer qualquer prazo para a pretensão, sendo a correspondente demanda imprescritível. Primeiro, pelo fato de a demanda envolver Direito de Família e estado de pessoas, qual seja a situação de filho. Segundo, por ter como conteúdo o direito da personalidade e fundamental à filiação. Terceiro, porque, no abandono afetivo, os danos são continuados, não sendo possível identificar concretamente qualquer termo *a quo* para o início do prazo.

Em verdade, penso que os casos de abandono afetivo são similares aos casos de responsabilidade civil por tortura, reconhecendo o Superior Tribunal de Justiça, em vários arestos, a imprescritibilidade da pretensão em tais situações. Assim, por exemplo, entre os mais recentes, com citação de outros acórdãos: “as ações indenizatórias por danos morais decorrentes de atos de tortura ocorridos durante o Regime Militar de exceção são imprescritíveis. Inaplicabilidade do prazo prescricional do art. 1º

do Decreto 20.910/1932. Precedentes do STJ: AgRg no Ag 1.339.344/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, 2ª Turma, *DJe* 28.02.2012; AgRg no REsp 1.251.529/PR, Rel. Min. Benedito Gonçalves, 1ª Turma, *DJe* 01.07.2011” (STJ, AgRg no REsp 1.4981.67/RJ, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, julgado em 18/08/2015, *DJe* 25/08/2015). Com tom suplementar de ilustração, entre os primeiros precedentes: “o dano noticiado, caso seja provado, atinge o mais consagrado direito da cidadania: o de respeito pelo Estado à vida e de respeito à dignidade humana. O delito de tortura é hediondo. A imprescritibilidade deve ser a regra quando se busca indenização por danos morais consequentes da sua prática” (STJ, REsp 379.414/PR, Rel. Min. José Delgado, *DJ* 17/02/2003).

Em reforço, parece-nos equivocado afirmar que o prazo prescricional, pela feição subjetiva da *actio nata*, terá início a partir da maioridade do filho postulante. Pela citada teoria, desenvolvida entre nós por Câmara Leal e José Fernando Simão, o prazo prescricional tem início não da lesão ao direito subjetivo, mas do conhecimento da lesão. Diante dessa feição subjetiva da *actio nata* que não se pode dizer qual o termo *a quo* para o início do prazo. Os danos são continuados, não cessam, não saem da memória do ofendido, mesmo em se tratando de pessoa com idade avançada. Em outras palavras, o prejuízo é de trato sucessivo, atinge a honra do filho a cada dia, a cada hora, a cada minuto e a cada segundo. Ninguém esquece o desprezo de um pai. Entre os colegas consultados, essa é a opinião de Pablo Malheiros da Cunha Frota, Marcos Jorge Catalan e Cesar Calo Peghini.

A respeito do início do prazo, também é preciso fazer uma objeção, adotando-se a posição majoritária pelo prazo prescricional específico. Ora, nem sempre o lapso temporal de três anos será contado da maioridade do filho. Em casos de reconhecimento posterior da paternidade, mais uma vez por aplicação da teoria da *actio nata* subjetiva, o prazo deve ser contado do trânsito em julgado da decisão que a reconhece, momento em que

não há mais dúvida quanto ao vínculo dos envolvidos. Nesse sentido, conforme se retira de recente julgamento do Tribunal Paulista, “no caso dos autos, contudo, a autora apenas soube o nome do pai em 2013, ano em que completou 30 (trinta) anos, quando o réu dela se aproximou pela rede social Facebook. Propositura de ação de reconhecimento da paternidade pela autora embasada em exame de DNA positivo realizado em laboratório particular pelas partes. Início da contagem do prazo prescricional a partir da data do trânsito em julgado da ação de paternidade. Precedente deste Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo” (TJSP, Apelação n. 1008272-98.2015.8.26.0564, Acórdão n. 9428000, São Bernardo do Campo, Oitava Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Pedro de Alcântara, julgado em 11/05/2016, *DJESP* 19/05/2016). Como se nota, o julgado admite a possibilidade de indenização por abandono afetivo após a maioridade, o que conta com o meu apoio.

Por derradeiro, sendo adotada a corrente pelo prazo de três anos, não se pode ignorar, ainda, a aplicação da regra de Direito Intertemporal do art. 2.028 do CC, *in verbis*: “serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada”. Desse modo, tendo sido o prazo reduzido de vinte para três anos, transcorrido menos da metade do prazo, deve-se aplicar o novo lapso de três anos, a partir de 11 de janeiro de 2003, data da entrada em vigor do Código Civil de 2002. Sendo assim, várias pretensões reparatórias prescreveram no mesmo dia: 11 de janeiro de 2006, com exceção dos casos dos filhos que ainda não tinham atingido a maioridade nesse período ou cuja maioridade ainda não tenha sido reconhecida. Nesse sentido, transcreve-se: “se a ação de indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo foi proposta após o decurso do prazo de três anos de vigência do Código Civil de 2002, é imperioso reconhecer a prescrição da ação. Inteligência do art. 206, § 3º, inc. V, do CCB/2002. O novo

Código Civil estabeleceu a redução do prazo prescricional para as ações de reparação civil, tendo incidência a regra de transição posta no art. 2.028 do CCB/2002” (TJRS, Apelação cível n. 283426-62.2013.8.21.7000, Farroupilha, Sétima Câmara Cível, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, julgado em 28/08/2013, *DJERS* 05/09/2013).

Como se pode perceber, muitas peculiaridades técnicas devem ser percebidas, mesmo no caso de adoção do prazo de três anos. O tema do abandono afetivo, assim, apresenta dificuldades jurídicas não só no seu conteúdo, mas também na verificação da existência ou não da suposta pretensão. Em suma, limitações existentes a respeito da prova do dano e do prazo prescricional têm feito que os pedidos de reparação imaterial sejam afastados na grande maioria dos casos levados ao Poder Judiciário.