Cadernos Sistematizados

Direito Civil: Familia e Sucessões

4

www.cadernossistematizados.com.br

APRESENTAÇÃO 10
INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO DE FAMÍLIA 11
1. A FAMÍLIA E A SUA EVOLUÇÃO NATURAL 11
2. A FAMÍLIA E OS SEUS PARADIGMAS 11
2.1. CÓDIGO CIVIL DE 1916 11
2.2. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O CÓDIGO CIVIL DE 2002 12
3. VALORES 14
3.1. AFETO 14
3.2. ÉTICA 14
3.3. DIGNIDADE 14
3.4. SOLIDARIEDADE RECÍPROCA 15
4. CARÁTER INSTRUMENTAL DA FAMÍLIA 15
5. CARACTERÍSTICA DA FAMÍLIA 15
5.1. SOCIOAFETIVA 15
5.2. EUDEMONISTA 15
5.3. ANAPARENTAL 16
6. DIREITO DE FAMÍLIA MÍNIMO 16
7. INCIDÊNCIA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA 16
8. INCIDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS GERAIS DO CC/02 NAS RELAÇÕES FAMILIARES 17
9. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA 17
9.1. PRINCÍPIO DA MULTIPLICIDADE/PLURALIDADE DE ENTIDADES FAMILIARES 18
9.2. IGUALDADE ENTRE HOMENS E MULHERES 20
9.3. IGUALDADE ENTRE FILHOS 22
9.4. FACILITAÇÃO DA DISSOLUÇÃO DAS FAMÍLIAS 23
9.5. RESPONSABILIDADE FAMILIAR 24
9.5.1. Planejamento familiar 24
9.5.2. Filiação responsável 24
UNIÃO ESTÁVEL 26
1. EVOLUÇÃO E PERSPECTIVA HISTÓRICA 26
2. CONCEITO DE UNIÃO ESTÁVEL E DIFERENÇAS 27
3. VEDAÇÕES AO CONCUBINATO 27
4. REQUISITOS CARACTERIZADORES DA UNIÃO ESTÁVEL 29
4.1. DIVERSIDADE DE SEXO 30
4.2. CONVIVÊNCIA PÚBLICA E DURADORA 30
4.3. OBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA 30
4.4. AUSÊNCIA DE IMPEDIMENTOS 31
5. DEVERES OU EFEITOS PESSOAIS DECORRENTES DA UNIÃO ESTÁVEL 32
5.1. DEVERES CONJUGAIS 32
5.2. ACRÉSCIMO DE SOBRENOME 33
5.3. PARENTESCO POR AFINIDADE 33
5.4. INALTERABILIDADE DO ESTADO CIVIL E NÃO EMANCIPAÇÃO 33
5.5. PREFERÊNCIA PARA O EXERCÍCIO DE CURADORIA 34
5.6. PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE (*PATER IS EST*) 34
6. EFEITOS PATRIMONIAIS DA UNIÃO ESTÁVEL 34
6.1. REGIME DE BENS 34
6.2. VÊNIA CONJUGAL 35

6.3. CITAÇÃO DO COMPANHEIRO 36
6.4. DIREITO À HERANÇA 36
6.5. DIREITO AO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO 38
6.6. DIREITO AOS ALIMENTOS 39
6.7. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO 39
6.8. EXERCÍCIO DA INVENTARIANÇA 39
6.9. LEGITIMIDADE PARA OPOR EMBARGOS DE TERCEIROS 40
6.10. PARTILHA DE DIREITOS REAIS SOBRE A COISA ALHEIA DE BENS PÚBLICOS 40
7. CONVERSÃO DA UNIÃO ESTÁVEL EM CASAMENTO 40
8. JURISPRUDÊNCIA EM TESE E UNIÃO ESTÁVEL 41
CASAMENTO 43
1. PERSPECTIVA ÓTICA CIVIL-CONSTITUCIONAL 43
2. CONCEITO 43
3. NATUREZA JURÍDICA 44
4. PROVA DO CASAMENTO 44
4.1. PREVISÃO LEGAL 44
4.2. PROVA DIREITA 45
4.3. PROVA INDIRETA 45
4.4. PROVA DO CASAMENTO NO ESTRANGEIRO 46
5. PROMESSA DE CASAMENTO OU ESPONSAIS 46
6. ESPÉCIES DE CASAMENTO 47
6.1. CASAMENTO CIVIL 47
6.2. CASAMENTO RELIGIOSO 47
6.3. CASAMENTO MISTO 48
7. CAPACIDADE PARA O CASAMENTO 48
8. IMPEDIMENTOS MATRIMONIAIS 48
8.1. PREVISÃO LEGAL 48
8.2. CONCEITOS 49
8.3. EFEITOS 49
8.4. HIPÓTESES DE IMPEDIMENTO MATRIMONIAL 50
9. CAUSAS SUSPENSIVAS DO CASAMENTO 51
9.1. PREVISÃO LEGAL 51
9.2. CONCEITO 51
9.3. EFEITOS 51
9.4. LEGITIMIDADE PARA ARGUIÇÃO 52
9.5. HIPÓTESES DE CAUSAS SUSPENSIVAS 52
10. HABILITAÇÃO PARA O CASAMENTO 52
10.1. PREVISÃO LEGAL E CONCEITO 52
10.2. COMPETÊNCIA 53
10.3. PROCEDIMENTO 53
11. CELEBRAÇÃO DO CASAMENTO 54
12. FORMAS ESPECIAIS DE CASAMENTO 55
12.1. CASAMENTO POR PROCURAÇÃO 55
12.2. CASAMENTO NUNCUPATIVO 55
12.3. CASAMENTO EM CASO DE MOLÉSTIA GRAVE 56
13. CASAMENTO PUTATIVO 56
14. PLANOS JURÍDICOS DO CASAMENTO 57
14.1. PLANO DA EXISTÊNCIA 57
14.2. PLANO DA VALIDADE: CAUSAS DE NULIDADE 57
14.3. PLANO DA VALIDADE: CAUSAS DE ANULABILIDADE 57

14.3.1. Legitimidade para a ação de anulação 59
14.4. PLANO DA EFICÁCIA 59
14.5. CASAMENTO NULO x CASAMENTO ANULÁVEL 60
15. EFEITOS JURÍDICOS DO CASAMENTO 60
15.1. EFEITOS PESSOAIS 60
15.2. EFEITOS SOCIAIS 61
16. DEVERES DO CASAMENTO 62
17. REGIME DE BENS 62
17.1. CONCEITO 62
17.2. REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS 62
17.3. REGIME DE PARTICIPAÇÃO FINAL DOS AQUESTOS 63
17.4. REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL DE BENS 65
17.5. REGIME DE COMUNHÃO TOTAL DE BENS 66
17.6. REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS 67
17.7. (IM) POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS 67
DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL 69
1. EVOLUÇÃO HISTÓRIA 69
2. SISTEMA DUALISTA DE DISSOLUÇÃO 69
2.1. DEFINIÇÃO 69
2.2. CAUSAS TERMINATIVAS 69
2.3. CAUSAS DISSOLUTIVAS 70
3. QUESTÕES CONTROVERTIDAS 70
3.1. EC 66/2010 E A (IN) EXISTÊNCIA DA SEPARAÇÃO 70
3.2. MORTE PRESUMIDA 71
3.2.1. Com declaração de ausência 71
3.2.2. Sem declaração de ausência 72
4. SEPARAÇÃO DE FATO 72
4.1. CONCEITO 72
4.2. EFEITOS DA SEPARAÇÃO DE FATO 73
4.2.1. Permissão para caracterização da união estável 73
4.2.2. Cessação do regime de bens 73
4.2.3. Perda do direito sucessório 74
4.2.4. Sub-rogação locatícia 75
4.2.5. Contagem do prazo para usucapião conjugal 75
5. SEPARAÇÃO DE CORPOS 76
6. SEPARAÇÃO DE DIREITO 76
6.1. CONCEITO 76
6.2. ESPÉCIES DE SEPARAÇÃO 77
6.2.1. Separação consensual 77
6.2.2. Separação litigiosa 78
7. DIVÓRCIO 81
7.1. EVOLUÇÃO E CONCEITO 81
7.2. DIVÓRCIO LITIGIOSO 81
7.3. DIVÓRCIO CONSENSUAL 82
7.4. DIVÓRCIO CONSENSUAL EM CARTÓRIO 83
8. SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO: CARACTERÍSTICAS MATERIAIS E PROCESSUAIS COMUNS 84
8.1. NATUREZA PERSONALÍSSIMA DA MEDIDA 84
8.2. POSSIBILIDADE DE DISPENSA DA PARTILHA DOS BENS (ART. 1.581 DO CC E

SÚMULA 197 DO STJ) 85
8.3. REVELIA NA SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO (ART. 345, II DO CPC/2015) 86
8.4. COMPETÊNCIA JUDICIAL PARA AS AÇÕES 86
8.5. USO DO SOBRENOME 87
8.6. DIVISÃO DE FRUTOS DECORRENTES DE COISA COMUM 87
8.7. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA 88
8.8. PARTILHA DE BENS 89
8.9. GUARDA DOS FILHOS 89
8.9.1. Espécies de guarda 89
8.9.2. Definição 92
8.9.3. Impossibilidade de acordo 92
8.9.4. A guarda pode ser deferida para outra pessoa que não seja o pai ou a mãe? 93
8.9.5. Poder familiar 93
PARENTESCO 96
1. CONCEITO 96
2. PARENTESCO CONSANGUÍNEO (OU NATURAL) 96
3. PARENTESCO POR AFINIDADE 97
4. DISTINÇÕES ENTRE PARENTESCO NA LINHA RETA, COLATERAL E POR AFINIDADE. 97
FILIAÇÃO 99
1. CONCEITO 99
2. ISONOMIA ENTRE OS FILHOS 99
3. PROVA DA MATERNIDADE 100
4. FORMAS (CRITÉRIOS) DE FILIAÇÃO 100
4.1. ESPÉCIES 100
4.2. CRITÉRIO DA PRESUNÇÃO LEGAL 100
4.3. CRITÉRIO BIOLÓGICO 104
4.4. CRITÉRIO SOCIOAFETIVO 105
4.5. CRITÉRIO MULTIPARENTAL 111
5. (IM) POSSIBILIDADE DE DUPLA PATERNIDADE E/OU MATERNIDADE 112
6. RECONHECIMENTO DE FILHOS 115
6.1. RECONHECIMENTO VOLUNTÁRIO DE FILHO 115
6.1.1. Regras 115
6.1.2. Natureza jurídica do ato de reconhecimento de filhos 116
6.1.3. Unilateralidade e bilateralidade do reconhecimento de filho 116
6.1.4. Características do reconhecimento voluntário de filho 117
6.1.5. Impugnação do reconhecimento de paternidade pelo filho 117
6.1.6. Ação negatória de paternidade x Ação de impugnação de paternidade 117
6.2. RECONHECIMENTO JUDICIAL DOS FILHOS 117
7. AÇÕES DE FAMÍLIA 118
7.1. AÇÃO INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE 118
7.1.1. Competência 118
7.1.2. Cumulabilidade de pedidos 118
7.1.3. Termo inicial dos alimentos na ação investigatória de paternidade 119
7.1.4. Legitimidade na ação de investigação de paternidade 120
7.1.5. Coisa julgada na investigação de paternidade 120
8. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO – OU AÇÃO DE PROVA DA FILIAÇÃO 121
8.1. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE OU DE IMPUGNAÇÃO DE PATERNIDADE – OU AÇÃO CONTESTATÓRIA DE PATERNIDADE 121
8.2. IMPUGNAÇÃO AO RECONHECIMENTO 122
8.3. IMPUGNAÇÃO DA MATERNIDADE PELA SUPOSTA MÃE 122

ALIMENTOS 123
1. CONCEITO 123
2. FUNDAMENTO 123
3. ESPÉCIES DE ALIMENTOS (CLASSIFICAÇÃO) 124
3.1. QUANTO À NATUREZA DOS ALIMENTOS 124
3.1.1. Alimentos Civis ou Côngruos 124
3.1.2. Alimentos necessários/Indispensáveis 125
3.2. QUANTO À CAUSA (ORIGEM) DOS ALIMENTOS 126
3.2.1. Alimentos Legítimos ou Legais 126
3.2.2. Alimentos Convencionais ou Voluntários 126
3.2.3. Alimentos Ressarcitórios ou Reparatórios 127
3.3. QUANTO AO MOMENTO DA EXIGIBILIDADE 127
3.3.1. Pretéritos 127
3.3.2. Presentes 127
3.3.3. Futuros 127
3.4. QUANTO A FINALIDADE 128
3.4.1. Alimentos Provisórios 128
3.4.2. Alimentos Provisionais (antigo art. 852 CPC) 129
3.4.3. Alimentos definitivos 130
3.4.4. Alimentos transitórios 130
4. CARACTERÍSTICAS DA OBRIGAÇÃO ALIMENTÍCIA 131
4.1. PERSONALÍSSIMA (INTUITO PERSONA) 131
4.2. INTRANSMISSIBILIDADE 132
4.3. IRRENUNCIÁVEIS (ART.1707, CC) 132
4.4. IMPRESCRITÍVEIS 133
4.5. IMPENHORÁVEIS E INCOMPENSÁVEIS 134
4.6. IRREPETÍVEIS 134
4.7. FUTURIDADE (ALIMENTOS SÃO FUTUROS) 135
5. SUJEITOS DA OBRIGAÇÃO ALIMENTÍCIA 135
5.1. INTRODUÇÃO 135
5.2. CÔNJUGE OU COMPANHEIROS 136
5.3. PARENTES 136
5.3.1. Regras gerais 136
5.3.2. Fundamentos dos alimentos entre ASCENDENTES e DESCENDENTES 137
5.4. ALIMENTOS GRAVÍDICOS: NASCITURO OU MÃE? 137
6. ASPECTOS PROCESSUAIS (ALIMENTOS: LEI 5478/68) 138
6.1. NOTAS INICIAIS 138
6.2. PROCEDIMENTO DA AÇÃO DE ALIMENTOS 139
6.2.1. Petição Inicial 139
6.2.2. Competência 139
6.2.3. Fixação dos alimentos provisórios e despacho inicial 139
6.2.4. Citação 139
6.2.5. Audiência una de conciliação, instrução e julgamento 140
6.2.6. Sentença e Recurso 141
6.2.7. Execução 141
7. A COBRANÇA DOS ALIMENTOS NO NCPC (MARIA BERENICE DIAS) 142
7.1. CUMPRIMENTO DA SENTENÇA 145
7.2. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL 147
7.3. RITO DA COAÇÃO PESSOAL 148

7.4. RITO DA EXPROPRIAÇÃO 149
TUTELA E CURATELA 152
1. DIREITO DE FAMÍLIA ASSISTENCIAL 152
2. TUTELA 153
2.1. INTRODUÇÃO 153
2.2. ESPÉCIES DE TUTELA 154
2.2.1. Tutela documental 154
2.2.2. Tutela testamentária 154
2.2.3. Tutela legítima 154
2.2.4. Tutela dativa 154
2.3. DOS INCAPAZES DE EXERCER TUTELA 155
2.4. DAS ESCUSAS DOS TUTORES 156
2.5. CONSENTIMENTO DO TUTELADO 156
2.6. DISPENSA DE ESPECIALIZAÇÃO DE HIPOTECA LEGAL 156
2.7. RESPONSABILIDADE DO MAGISTRADO 157
2.8. REMUNERAÇÃO, REPONSABILIDADE E PRESTAÇÃO DE CONTAS PELO TUTOR 157
2.8.1. Incumbências 157
2.8.2. Remuneração 158
2.8.3. Responsabilidade do Tutor 158
2.8.4. Prestação de contas 158
2.9. DOS BENS DO TUTELADO 160
2.10. DA CESSAÇÃO DA TUTELA 161
3. CURATELA 161
3.1. TEORIA DA INCAPACIDADE JURÍDICA 161
3.2. CURATELA DOS INTERDITOS 162
3.2.1. Por enfermidade ou deficiência mental, não tivessem o necessário discernimento para os atos da vida civil 162
3.2.2. Ébrios habituais e os viciados em tóxico 163
3.2.3. Pródigos 163
3.3. CURATELA X CURADORIA 163
3.4. CURATELAS PECULIARES 163
3.4.1. Curador especial do nascituro 163
3.4.2. Curatelas especiais* 163
4. TOMADA DE DECISÃO APOIADA 164
SUCESSÕES 167
1. INTRODUÇÃO AO DIREITO DAS SUCESSÕES 167
1.1. CONCEITO 167
1.2. ESPÉCIES DE SUCESSÃO HEREDITÁRIA 167
1.2.1. Testamentária 167
1.2.2. Legítima 167
1.3. LEI SUCESSÓRIA NO TEMPO E NO ESPAÇO 168
1.4. PRINCÍPIO DA SAISINE 168
1.5. ACEITAÇÃO E CESSÃO DA HERANÇA 168
1.6. RENÚNCIA DA HERANÇA 170
1.7. LEGITIMIDADE PARA SUCEDER (ART. 1.798 E 1.799) 170
2. TERMINOLOGIA DO DIREITO DAS SUCESSÕES 173
2.1. “AUTOR DA HERANÇA” 173
2.2. “SUCESSOR” 173
2.2.1. “Herdeiro” 173

2.2.2. “Legatário” 173
2.3. “LEGÍTIMA” 174
2.4. “ABERTURA” DA SUCESSÃO 174
2.5. “DELAÇÃO” E “ADIÇÃO” (CC/16) 174
2.6. “DIFERENÇA: HERANÇA X ESPÓLIO 174
2.6.1. “Herança” 174
2.6.2. “Espólio” 175
3. MOMENTO DE ABERTURA DA SUCESSÃO (CC, ART. 1.784) 175
3.1. TRANSMISSÃO AUTOMÁTICA DAS RELAÇÕES JURÍDICAS: SAISINE 175
3.2. ABERTURA DA SUCESSÃO X ABERTURA DO INVENTÁRIO 176
3.3. OUTROS EFEITOS JURÍDICOS QUE DECORREM DO PRINCÍPIO DA “SAISINE” 176
3.3.1. Fixação da norma legal que regerá a sucessão 176
3.3.2. Verificação da capacidade para suceder 177
3.3.3. Cálculo da legítima 177
3.3.4. Fixa o lugar da sucessão (art. 1.785) 177
4. CAPACIDADE SUCESSÓRIA 178
4.1. CONCEITO 178
4.2. ELEMENTOS QUE COMPÕEM A CAPACIDADE SUCESSÓRIA (OU CAPACIDADE PARA SUCEDER) 178
5. INDIGNIDADE E DESERDAÇÃO 179
5.1. ASPECTOS GERAIS 179
5.2. ASPECTOS DISTINTIVOS: DIGNIDADE x DESERDAÇÃO 179
5.3. CAUSAS DE INDIGNIDADE (ART. 1.814) 180
5.4. CAUSAS DE DESERDAÇÃO (1.814, 1.962 E 1.963) 181
6. CESSÃO DE DIREITOS HEREDITÁRIOS (ART. 1.793) 181
6.1. INTRODUÇÃO 182
6.2. REQUISITOS DA CESSÃO DE DIREITOS HEREDITÁRIOS 182
6.2.1. Requisito temporal 182
6.2.2. Requisito subjetivo 182
6.2.3. Requisito formal 183
6.2.4. Requisito objetivo 183
6.3. OBSERVÂNCIA DO DIREITO DE PREFERÊNCIA DOS DEMAIS HERDEIROS 183
6.4. POSIÇÃO DO CESSIONÁRIO E ESPÉCIE DE NEGÓCIO JURÍDICO QUE CONFIGURA A CESSÃO DE DIREITOS HEREDITÁRIOS 184
7. ACEITAÇÃO DA HERANÇA 185
7.1. PREVISÃO LEGAL 185
7.2. CLASSIFICAÇÃO DA ACEITAÇÃO DA HERANÇA 185
7.2.1. Quanto à pessoa que aceita 185
7.3. Quanto à manifestação de vontade 185
8. RENÚNCIA À HERANÇA 187
8.1. PREVISÃO LEGAL 187
8.2. REQUISITOS DA RENÚNCIA À HERANÇA 187
8.2.1. Capacidade do renunciante 187
8.2.2. Consentimento do cônjuge 187
8.3. RENÚNCIA ABDICATIVA OU TRANSLATIVA OU IN FAVOREM 188
SUCESSÃO LEGÍTIMA (DECORRE DA LEI) 189
1. INTRODUÇÃO 189
2. SUCESSÃO DOS DESCENDENTES 189
3. SUCESSÃO DOS ASCENDENTES 190

4. SUCESSÃO DO CÔNJUGE 191
4.1. CONCORRÊNCIA CÔNJUGE X DESCENDENTE 191
4.1.1. Existência de descendentes 191
4.1.2. Depende do regime de bens (e da existência de bens particulares) 191
4.1.3. Obediência ao percentual legal 193
4.2. CONCORRÊNCIA CÔNJUGE X ASCENDENTE 194
4.3. SUCESSÃO DO CÔNJUGE SOZINHO 195
4.4. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO: ART. 1.831 196
5. SUCESSÃO DO COMPANHEIRO (art. 1790) 197
6. SUCESSÃO DOS COLATERAIS 197
7. AÇÃO DE PETIÇÃO DE HERANÇA 198
7.1. CONCEITO 198
7.2. LEGITIMIDADE ATIVA 199
7.3. LEGITIMIDADE PASSIVA 199
7.4. NATUREZA JURÍDICA DA AÇÃO DE PETIÇÃO DE HERANÇA 199
7.5. PROCEDIMENTO 200
7.6. PRAZO PRESCRICIONAL 200
7.7. HERDEIRO PUTATIVO E TERCEIRO DE BOA-FÉ 201
SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA 202
1. INTRODUÇÃO 202
2. TESTAMENTO 202
3. CLASSIFICAÇÃO DO TESTAMENTO 202
3.1. NATUREZA NEGOCIAL 202
3.2. CARÁTER PERSONALÍSSIMO 202
3.3. UNILATERALIDADE 203
3.4. GRATUIDADE 203
3.5. REVOGABILIDADE 203
3.6. SOLENE 203
3.7. EFICÁCIA CAUSA MORTIS 203
4. PRESSUPOSTOS DA SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA 203
4.1. OBSERVÂNCIA DO LIMITE DA LEGÍTIMA 203
4.2. PESSOA CAPAZ DE DISPOR POR MEIO DE TESTAMENTO (CAPACIDADE TESTAMENTÁRIA ATIVA) 205
4.3. PESSOA CAPAZ DE RECEBER HERANÇA OU LEGADO (CAPACIDADE TESTAMENTÁRIA PASSIVA) 205
4.4. PROIBIDOS DE RECEBER HERANÇA OU LEGADO 206
4.5. CUMPRIMENTO DA FORMA PRESCRITA EM LEI 207
4.5.1. Testamentos comuns 207
4.5.2. Testamento cerrado, secreto ou místico 208
4.5.3. Testamento particular 209
4.5.4. Testamentos excepcionais 210
4.5.5. Testamento Militar 211
5. CODICILO 212
5.1. CONCEITO 212
5.2. PROBLEMÁTICA DO CODICILO: O QUE É PEQUENO LEGADO? 212
5.3. OBJETO DO CODICILO 212
6. CLÁUSULAS TESTAMENTÁRIAS 213
6.1. CONCEITO 213
6.2. REGRAS INTERPRETATIVAS DAS CLÁUSULAS TESTAMENTÁRIAS 214

6.3. REGRAS PROIBITIVAS 215
6.4. REGRAS PERMISSIVAS 216
7. REDUÇÃO DE CLÁUSULA TESTAMENTÁRIA 217
8. DIREITO DE ACRESCER 219

9. EXECUÇÃO DOS TESTAMENTOS 220
10. FIGURA DO TESTAMENTEIRO 220
11. DA REVOGAÇÃO DO TESTAMENTO 221
11.1. FORMAS DE REVOGAÇÃO DO TESTAMENTO 221
11.1.1. Quanto à extensão da revogação de testamento 221
11.1.2. Quanto à forma da revogação de testamento 222
11.2. REVOGAÇÃO POR TESTAMENTO ANULADO 222
11.3. REVOGAÇÃO DO TESTAMENTO REVOGATÓRIO 222
12. ROMPIMENTO DO TESTAMENTO 223
13. SUPERVENIÊNCIA DE DESCENDENTE SUCESSÍVEL 223
13.1. SURGIMENTO DE HERDEIROS NECESSÁRIOS IGNORADOS, DEPOIS DO TESTAMENTO 223
13.2. SUBSISTÊNCIA DO TESTAMENTO SE CONHECIDA A EXISTÊNCIA DE HERDEIROS NECESSÁRIOS 224
INVENTÁRIO E PARTILHA 225
1. CONCEITO 225
2. PROCEDIMENTO DE INVENTÁRIO 225
2.1. INVENTÁRIO TRADICIONAL OU SOLENE 225
2.2. ARROLAMENTO COMUM (ART. 664, NCPC) 225
2.3. ARROLAMENTO SUMÁRIO (ARTS. 659 E 660, NCPC) 226
3. “INVENTÁRIO NEGATIVO” 227
4. REGRAS DO INVENTÁRIO SOLENE 228
4.1. COMPETÊNCIA 228
4.2. PRAZO DE ABERTURA DO INVENTÁRIO 229
4.3. LEGITIMIDADE PARA O REQUERIMENTO DE INVENTÁRIO E PARTILHA 229
4.4. A FIGURA DO INVENTARIANTE 230
4.4.1. Noções gerais 230
4.4.2. Nomeação do Inventariante 230
4.4.3. Atribuições do inventariante 231
4.4.4. Remoção e Destituição do inventariante 232
5. PROCEDIMENTO DO INVENTÁRIO SOLENE 233
5.1. FASE DE IMPUGNAÇÕES 234
5.2. FASE DE AVALIAÇÕES 235
5.3. ÚLTIMAS DECLARAÇÕES (ART. 637, NCPC) 235
5.4. PAGAMENTO DE DÍVIDAS E RECOLHIMENTO FISCAL 236
6. DECISÃO DE PARTILHA 236
DIREITO SUCESSÓRIO E O PODER PÚBLICO 238
1. HERANÇA JACENTE 238
2. HERANÇA VACANTE: VACÂNCIA – ARRECADAÇÃO DOS BENS VAGOS 239
3. PROCEDIMENTO 239
3.1. REGRAS 239
3.2. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL 240
4. NATUREZA DA SENTENÇA DE VACÂNCIA 242

APRESENTAÇÃO

Olá!

Inicialmente, gostaríamos de agradecer a confiança em nosso material. Esperamos que seja útil na sua preparação, em todas as fases. A grande maioria dos concurseiros possui o hábito de trocar o material de estudo constantemente, principalmente, em razão da variedade que se tem hoje, cada dia surge algo novo. Porém, o ideal é você utilizar sempre a mesma fonte, fazendo a complementação necessária, eis que quanto mais contato temos com determinada fonte de estudo, mais familiarizados ficamos, o que se torna primordial na hora da prova (acredite nisso).

O Caderno Sistematizado de Direito Civil IV possui como base as aulas do Prof. Cristiano Chaves e do Prof. Pablo Stolze, com o intuito de deixar o material mais completo, utilizados as seguintes fontes complementares: Manual de Direito Civil (Flávio Tartuce – 2017); Manual de Direito Civil – Volume Único (Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho – 2019) e Manual de Direito Civil – Volume Único (Cristiano Chaves de Farias, Felipe Braga Netto e Nelson Rosenvald – 2019).

Na parte jurisprudencial, utilizamos os informativos do site Dizer o Direito (www.dizerodireito.com.br), os livros: Principais Julgados STF e STJ Comentados, Vade Mecum de Jurisprudência Dizer o Direito, Súmulas do STF e STJ anotadas por assunto (Dizer o Direito). Destacamos é importante você se manter atualizado com os informativos, reserve um dia da semana para ler no site do Dizer o Direito.

Como você pode perceber, reunimos em um único material diversas fontes (aulas + doutrina + informativos + + lei seca + questões) tudo para otimizar o seu tempo e garantir que você faça uma boa prova.

Por fim, como forma de complementar o seu estudo, não esqueça de fazer questões. É muito importante!! As bancas costumam repetir certos temas.

Vamos juntos!! Bons estudos!!

Equipe Cadernos Sistematizados.

INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO DE FAMÍLIA

1. A FAMÍLIA E A SUA EVOLUÇÃO NATURAL

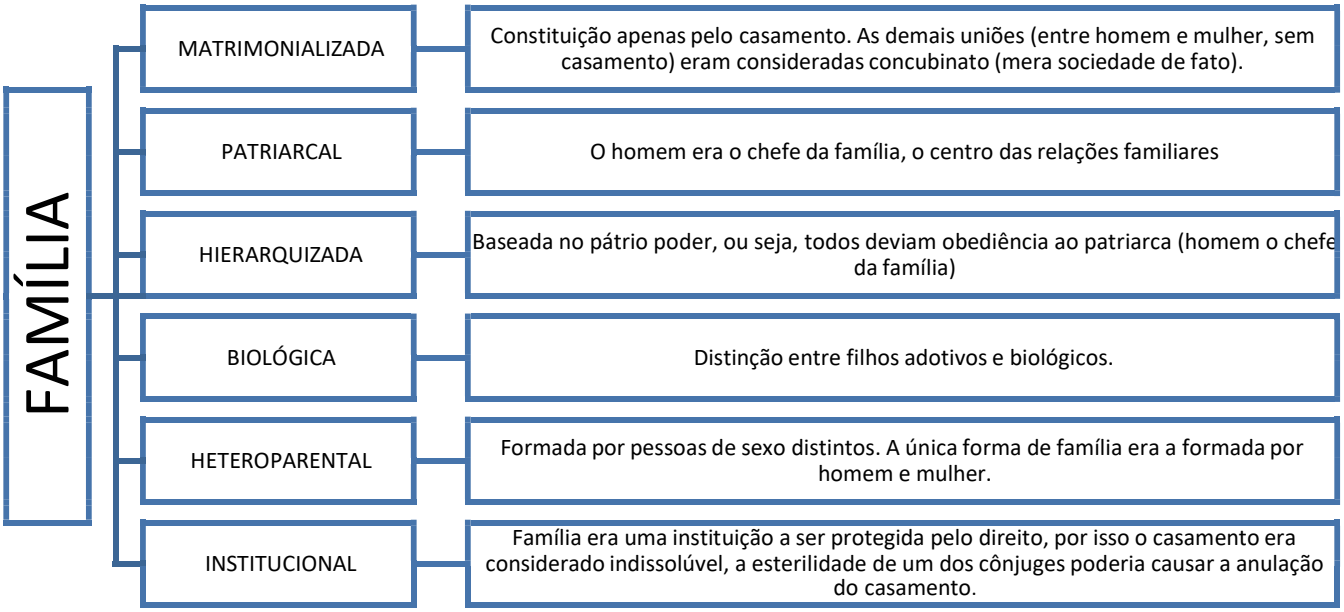
A ideia de família não é construída por meio de um conceito biológico estático, mas sim através de um conceito cultural. Pode-se afirmar, assim, que família significa a possibilidade de convivência.

Importante consignar que o conceito de família não é estático e acabado, ao contrário, trata-se de um conceito dinâmico visto em diferentes projeções. Por exemplo, antes apenas considerava-se família a formada por homem e mulher, evoluímos e, hoje, reconhece-se a família homoafetiva.

2. A FAMÍLIA E OS SEUS PARADIGMAS

2.1. CÓDIGO CIVIL DE 1916

A família, antes da Constituição Federal de 1988, na vigência do CC/16 era permeada pelos seguintes paradigmas:



Salienta-se que os filhos havidos fora do casamento, até 1949, eram considerados ilegítimos, não podiam ser reconhecidos. Além disso, havia distinção entre os filhos adotivos e os filhos biológicos, por isso a morte dos pais adotivos era causa de extinção da adoção, a fim de impedir o acesso à herança.

2.2. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O CÓDIGO CIVIL DE 2002

Além da incidência dos direitos e garantias fundamentais (tábua axiológica[1]) no Direito de Família, o legislador constituinte editou os arts. 226 e 227 da CF que tratam de temas específicos. Perceba, portanto, que a CF/88 conferiu uma proteção especial à família.

> ***Art. 226**. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.*
> *§ 1º O casamento é civil e gratuito a celebração.*
> *§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.*
> *3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (Regulamento)*
> *§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.*
> *§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.*
> *§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)*
> *§ 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. Regulamento*
> *§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos*

que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

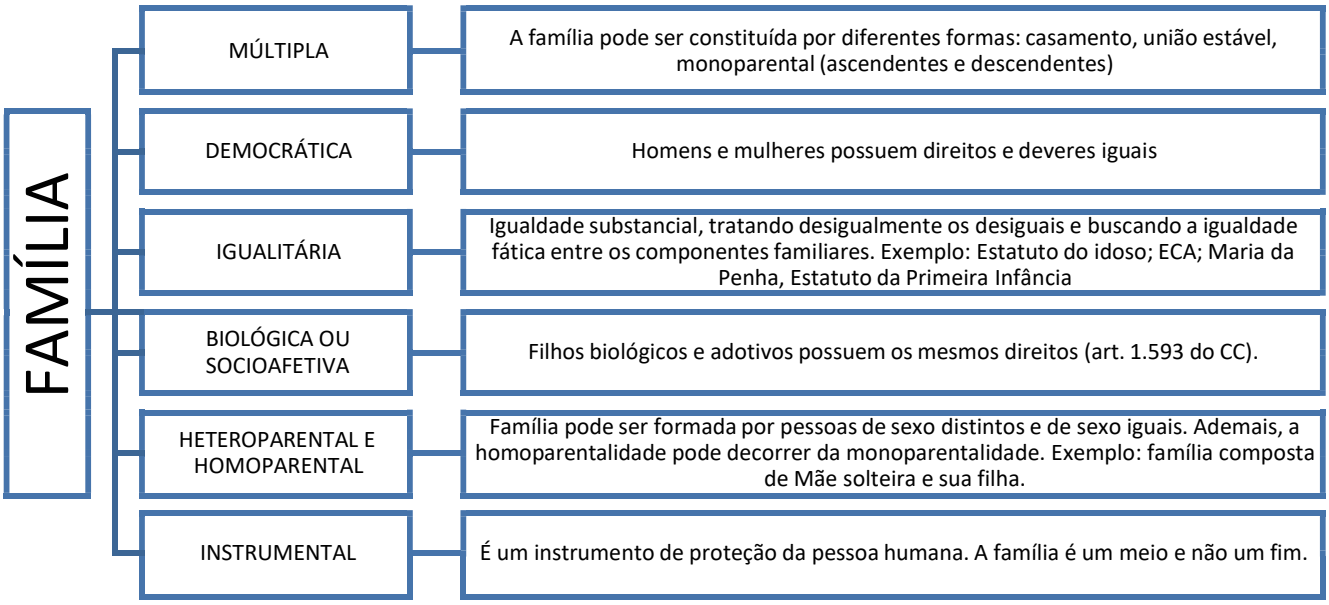
***Art. 227**. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)*
§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)
I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;
II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)
§ 2º A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

1 Para aprofundar recomendamos o CS de Direito Civil I – LINDB e Parte Geral

§ 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:
I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII;
II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;
III - garantia de acesso do trabalhador adolescente à escola;
III - garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola; (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)
IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;
V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;
VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;
VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)
§ 4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.
§ 5º A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.
§ 6º 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.
§ 7º No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se- á em consideração o disposto no art. 204.
§ 8º A lei estabelecerá: (Incluído Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)
I - o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens; (Incluído Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)
II - o plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas. (Incluído Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

Com isso, os paradigmas do CC/16 deram lugar para novos paradigmas, quais sejam:



Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.

3. VALORES

A família contemporânea é permeada por quatro valores: AFETO, ÉTICA, DIGNIDADE e SOLIDARIEDADE RECÍPROCA.

3.1. AFETO

Como visto acima, na visão clássica, apenas as relações biológicas eram consideras como forma de família. Hoje, a socioafetividade também caracteriza família.

Cita-se, como exemplo, a possibilidade de acréscimo do sobrenome do padrasto ou da madrasta (Lei 11.924/2009), o reconhecimento da filiação socioafetiva.

3.2. ÉTICA

As relações familiares devem ser permeadas pela ética.

Com base nisso, o STJ reconhece a cessação do regime de bens pela simples separação, independente de prazo.

3.3. DIGNIDADE

Decorre da dignidade, por exemplo, a possibilidade de escolha do regime de bens para o maior de 70 anos, por isso parte da doutrina entende que o art. 1.641 do CC, ao impor o regime de separação de bens, é inconstitucional.

> *Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:*
> *II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos;* *(Redação dada pela Lei nº 12.344, de 2010)*

Ressalta-se que o art. 1.641, II do CC trata da separação legal obrigatória, ou seja, aquela que é imposta por força de lei. Por isso, o STJ entende que os bens adquiridos na constância do casamento, em esforço comum, comunicam-se (Info 628).

3.4. SOLIDARIEDADE RECÍPROCA

A solidariedade determina o amparo, a assistência material e moral recíproca entre todos os membros da família.

Cita-se, como exemplo, a obrigação alimentar entre parentes, cônjuges ou companheiros.

4. CARÁTER INSTRUMENTAL DA FAMÍLIA

A família é um instrumento de proteção da pessoa humana, é um meio e não um fim. Perceba que as pessoas não são obrigadas a constituir uma família, trata-se de uma faculdade.

Em sua redação originária, a Lei do Divórcio permitia ao juiz indeferir um acordo de divórcio consensual, em nome da manutenção do núcleo familiar. Hoje, algo totalmente inadmissível, uma vez que ninguém precisa de uma família para ter proteção.

A verdadeira finalidade da família é colaborar para o desenvolvimento da personalidade de cada membro, para o alcance da “felicidade” (família eudemonista).

5. CARACTERÍSTICA DA FAMÍLIA

De acordo com a doutrina contemporânea, a família possui três características: socioafetiva, eudemonista, anaparental.

5.1. SOCIOAFETIVA

A noção de família é moldada pela afetividade. Por isso, o STJ possui diversas decisões em que a socioafetividade prevalece sobre o caráter biológico.

5.2. EUDEMONISTA

Eudemonismo é uma filosofia grega que prega que o homem vem a Terra para buscar a felicidade. A família é eudemonista, uma vez que deve servir como ambiência para que cada um dos seus membros busque a sua felicidade individual, realizando-se como pessoa.

5.3. ANAPARENTAL

Significa admitir e reconhecer família mesmo quando não exista vínculo parental técnico entre os seus integrantes. A proteção jurídica não está vinculada ao fato de a pessoa estar ou não inserida em um núcleo familiar.

Como exemplo, pode-se citar a proteção ao bem de família das pessoas sozinhas (Súmula 364 do STJ).

> ***Súmula 364 STJ*** *- O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas.*

6. DIREITO DE FAMÍLIA MÍNIMO

A incidência do Direito de Família deve ser mínima, ou seja, o Estado não deve intervir nas relações familiares. Assim, sua incidência deve ocorrer apenas nos casos em que é necessária a proteção dos direitos fundamentais dos interessados.

Perceba, portanto, que prevalece a autonomia privada nas relações de família, salvo nos casos em que há violação aos direitos fundamentais, como ocorre, por exemplo, na violência doméstica e familiar.

Hipóteses de intervenção do Estado:

- A Lei Maria da Penha prevê que a ação penal será pública incondicionada nos casos de lesão corporal;
- O MP possui legitimidade para requerer alimentos em favor de criança e de adolescente, mesmo que não estejam em situação de risco e mesmo que na comarca tenha Defensoria Pública;
- Art. 7º da Lei 8.560/92 – o juiz fixará alimentos, mesmo que o autor da ação de investigação de paternidade não requeira, nos casos em que julgar procedente o pedido;
- Regime de separação obrigatória de bens para o maior de 70 anos

Obs.: Há doutrina defendendo a autonomia privada infanto-juvenil, como exemplo citam a necessidade de concordância para que o adolescente seja colocado em família substituta e para alteração do seu prenome nos casos de adoção.

7. INCIDÊNCIA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA

Assim como ocorre em outras áreas do Direito Civil, os direitos e garantias fundamentais

serão aplicados ao Direito de Família, trata-se da "eficácia horizontal" dos direitos fundamentais.

Como exemplo de constitucionalização das relações familiares, pode-se citar o reconhecimento da união estável homoafetiva (ADI 4277), devendo o art. 1.723 do CC ser interpretado conforme a Constituição.

8. INCIDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS GERAIS DO CC/02 NAS RELAÇÕES FAMILIARES

As diretrizes que norteiam o Código Civil de 2002: sociabilidade, eticidade e operabilidade (concretude) são aplicadas às relações familiares.

Exemplos de aplicação:

- Eticidade – REsp. 555.771/SP aplicação da boa-fé objetiva nas relações familiares (confiança e afeto);
- Operabilidade – Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/15) possui caráter inclusivo e não preconceituoso. A deficiência, por si só, não enquadra a pessoa como incapaz;
- Sociabilidade – função social da família (art. 1.513 do CC) e inexistência de responsabilidade civil de terceiro (amantes) que "interferem" na comunhão de vida de uma família (STJ REsp. 922.462/SP)

  Os deveres estabelecidos entre cônjuges (art. 1.566 do CC) e entre companheiros (art. 1.724 do CC) são intrapartes, ou seja, não podem ser oponíveis a terceiros.

> *CC Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.*

9. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA

sejam:

A Constituição consagra cinco grandes princípios inerentes ao Direito de Família, quais

- Multiplicidade/pluralidade de entidades familiares
- Igualdade entre homens e mulheres
- Igualdade entre filhos
- Facilitação da dissolução do casamento
- Responsabilidade parental

Salienta-se que não há dúvidas quanto à relevância e transcendentalidade dos princípios (força normativa), são normas de conteúdo aberto, de solução casuística e valorativa. Em caso de colisão entre princípios, deve-se utilizar a ponderação de interesses (balanceamento), de acordo com o caso concreto, a exemplo da Súmula 301 do STJ.

> *Súmula 301 do STJ - Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade*

9.1. PRINCÍPIO DA MULTIPLICIDADE/PLURALIDADE DE ENTIDADES FAMILIARES

Encontra-se previsto no *caput* do art. 226 da CF, observe:

> *Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.*

Note que a proteção é para TODA e QUALQUER família, consagra-se uma pluralidade, os parágrafos 2º, 3º e 4º referem-se à família casamentaria, decorrente de união estável e monoparental.

> *Art. 226:*
> *§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.*
> *§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.*
> *§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.*

Importante consignar que não se trata de um rol taxativo, ou seja, mesmo que não prevista na Constituição, há outras formas de família. Cita-se, como exemplo, a família anaparental, família avoenga.

O art. 226 é norma jurídica de inclusão (inclui institutos na proteção estatal), o que só vem a corroborar com a ideia de que o direito de família é instrumental. Portanto, pode-se afirmar que a pluralidade das entidades familiares conduz a uma NÃO taxatividade.

O ECA consagra três espécies de família: natural, ampliada ou extensa e substituta.

FAMÍLIA NATURAL	FAMÍLIA AMPLIADA OU EXTENSA	FAMÍLIA SUBSTITUTA

É aquela composta por filhos mais pai e/ou mãe.	É aquela formada além de pais e filhos, também por seus parentes (tios, avós, irmãos)	É aquela decorrente da GUARDA, TUTELA ou ADOÇÃO

Obs.: O Professor Conrado Paulino da Rosa (RS) fala em ***i-phamily*** seria a influência dos meios cibernéticos sobre a constituição da família.

Acerca da pluralidade familiar há três questões polêmicas: família reconstruída, família homoafetiva e a família concubinária, a seguir iremos analisar cada uma delas.

1ª – FAMÍLIA RECONSTRUÍDA, RECOMPOSTA OU ENSAMBLADA (MISTURADA)

São as famílias mosaicos, formadas por pessoas que já possuem um núcleo familiar e juntas estabelecem outro núcleo. Por exemplo, o casamento de Maria, que possui dois filhos, com João que possui um filho, a nova família recomposta será formada por Maria, João e os três filhos (dois de Maria e um de João).

No Código Civil as relações de famílias recompostas são tratadas de forma tênue, o único efeito é o parentesco por afinidade, nos termos do art. 1.595 do CC, que gera impedimento matrimonial.

> *Art. 1.595. Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade.*
> *§ 1º O parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro.*
> *§ 2º Na linha reta, a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável.*

Segundo Cristiano Chaves, há uma privação de direitos nas famílias recompostas, tendo em vista que não podem cobrar alimentos, não recebem heranças. Perceba que não há efeitos jurídicos decorrentes dessa relação no CC.

Apesar disso, fora do Código Civil há algumas leis que visam a proteção, quais sejam:

- Lei 11.924/09 (Lei Clodovil) – prevê a possibilidade de acréscimo do sobrenome da madrasta e/ou padrasto, desde que consintam, ouvido o MP. Não gera efeito familiar e nem sucessório.

Os pais devem ser citados, tendo em vista que são interessados

- Lei 8.112/90 – prevê a possibilidade de benefício previdenciário para enteado ou enteada.

Casualmente, podem ser reconhecidos efeitos jurídicos, por exemplo o STJ (RESp. 36.365) reconheceu a retomada do imóvel alugado antes do prazo para moradia de pessoa da família reconstituída.

2ª – FAMÍLIA HOMOAFETIVA

Antes da decisão do STF, os tribunais superiores (TSE e STJ) já reconheciam as uniões homoafetivas como uma entidade familiar para fins de inelegibilidade eleitoral, meação, habitação, benefícios previdenciários.

O STF, na ADI 4277/DF, reconheceu a natureza familiar das uniões de pessoa do mesmo sexo. Desta forma, o conceito de união estável pode ser hetero ou homoafetivo. Após, o STJ passou a afirmar que o casamento também pode ocorrer entre pessoas do mesmo sexo (RESp. 1.183.378/RS).

Salienta-se, por fim, que a própria Lei Maria da Penha é clara ao afirmar que a proteção da mulher contra a violência ocorre inclusive em relações homoafetivas.

> *Lei 11.340/06 – Maria da Penha*
> *Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:*
> *...*
> *Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo INDEPENDEM de orientação sexual.*

3ª – FAMÍLIA CONCUBINÁRIA

Tanto o STF quanto o STJ entendem que concubinato NÃO é família, em razão do disposto no art. 1.727 do CC.

> *Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar-se, constituem concubinato.*

Entendem, ainda, que o concubinato é uma relação meramente obrigacional, sendo considerada uma mera sociedade de fato. Por isso, a competência para processar e julgar será da vara cível e não da vara de família, já que não se aplicam os seus institutos.

Destaque para a Súmula 380 do STJ:

> ***STF Súmula 380:*** *comprovada a existência de* ***sociedade de fato*** *entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum*

Maria Berenice Dias defende que o concubinato é entidade familiar, merecendo, portanto, proteção (posição minoritária)

Cristiano Chaves, entre outros, defende que embora o concubinato não tenha amparo legal, a **união estável putativa** pode ter. É o concubinato de boa-fé, ou seja, a amante não sabe que é amante. Nesse caso, se devem garantir direitos à amante. É uma posição doutrinária não acolhida pela jurisprudência, que aplica a regra da exclusividade da família. Essa união estável putativa pode-se basear também na boa-fé objetiva. Nesse caso, é possível falar em paralelismo ("família paralela"), em concubinato como entidade familiar (ou ainda: uniões estáveis – uma união e outra união putativa).

O STF reconheceu repercussão geral (ARE 656.298/SE) sobre a matéria: 529 - Possibilidade de reconhecimento jurídico de união estável e de relação homoafetiva concomitantes, com o consequente rateio de pensão por morte.

Em dezembro de 2020, o STF, por maioria, apreciando o Tema 529 da repercussão geral, negou provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Rosa Weber, Cármen Lúcia e Marco Aurélio. Em seguida, foi fixada

a seguinte tese: "***A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 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***."

9.2. IGUALDADE ENTRE HOMENS E MULHERES

Trata-se de uma igualdade substancial, ou seja, tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida da sua desigualdade.

A doutrina chama de *descrímen*, pois diante de uma situação fática de desigualdade será possível o tratamento desigual. Perceba que o conceito de *descrímen* é fático e não jurídico. Por isso, na ausência de situação de desigualdade o tratamento deve ser o mesmo para homens e mulheres.

O art. 100 do antigo CPC (73) previa uma regra de foro privilegiado da mulher para as ações de separação e divórcio, tendo sido considerado constitucional pela jurisprudência do STJ, apesar de toda a crítica doutrinária, pois não havia *descrímen*. Com o CPC/15, acabou o foro privilegiado para as mulheres, devendo as ações serem ajuizadas no foro do domicílio do detentor da guarda dos filhos menores ou, na ausência de filhos menores, no local do último domicílio do casal.

Obs.: Lembrar que o art. 53 do CPC trata de competência relativa, a qual não pode ser conhecida de ofício pelo juiz, mas pode ser arguida pelo Ministério Público.

> *Art. 53. É competente o foro:*
> *I - para a ação de divórcio, separação, anulação de casamento e reconhecimento ou dissolução de união estável:*
> *a) de domicílio do guardião de filho incapaz;*
> *b) do último domicílio do casal, caso não haja filho incapaz;*
> *c) de domicílio do réu, se nenhuma das partes residir no antigo domicílio do casal;*

Importante consignar que o art. 1.736 do CC prevê que a mulher, pelo simples fato de ser casada, pode recusar a tutela. Há quem discuta a constitucionalidade do dispositivo, tendo em vista que não há *descrímen*, por isso a escusa deveria ser estendida ao homem casado também, em uma interpretação conforme a Constituição. O Professor Cristiano Chaves vai além, afirma que homens e mulheres em união estável também poderiam se esquivar da tutela.

> *Art. 1.736. Podem escusar-se da tutela:*
> *I - mulheres* (pessoas) *casadas* ou em união estável*;*

Clássico exemplo do princípio da igualdade entre homens e mulheres está nos arts. 1.583 e 1584 do CC que tratam da guarda. Observe:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.
§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.
§ 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos:
§ 3º Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos.
§ 4º (VETADO) .
§ 5º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos.
Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:
I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;
II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.
§ 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.
§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.
§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe.
§ 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda unilateral ou compartilhada poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor.
§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.
§ 6º Qualquer estabelecimento público ou privado é obrigado a prestar informações a qualquer dos genitores sobre os filhos destes, sob pena de multa de R$ 200,00 (duzentos reais) a R$ 500,00 (quinhentos reais) por dia pelo não atendimento da solicitação.

A Lei Maria da Penha é o exemplo em que uma situação fática (*descrímen*) enseja o tratamento diferenciado.

9.3. IGUALDADE ENTRE FILHOS

Historicamente, os filhos adotivos eram tratados de forma diversa dos filhos biológicos, por exemplo filhos adotivos não tinham direito a herança. E, ainda, entre os filhos biológicos havia diferença de tratamento dos filhos havidos no casamento e fora dele (filhos ilegítimos).

Com a Constituição Federal de 1988, consagrou-se a igualdade constitucional entre os filhos, que engloba a igualdade patrimonial e existencial. Além disso, a Constituição proíbe a qualificação (designações, adjetivações) de filhos como legítimos ou ilegítimos.

O art. 1.593 do CC prevê que o parentesco será civil ou natural, podendo resultar da consanguinidade ou de outra origem (a exemplo da socioafetividade, da fertilização assistida. Portanto, perceba que a filiação pode ser constituída de diversas formas, mas os filhos devem ser tratados de forma igual.

> *Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.*

Contudo, é possível, em situações excepcionais, que o valor dos alimentos seja diferente para cada filho, tendo em vista que se leva em conta a necessidade . Nesse sentido, já decidiu o STJ 1.624.050/MG:

> ***STJ (Info 628)*** *- Inicialmente, ressalta-se que 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 à 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.* ***A igualdade entre os filhos, todavia, não tem natureza absoluta e inflexível, sendo possível vislumbrar situações em que a fixação de alimentos em valor ou percentual distinto entre a prole é admissível, razoável e até mesmo indispensável****, seja a questão examinada sob a ótica da necessidade do alimentado, seja o tema visto sob o enfoque da capacidade contributiva dos alimentantes. Exemplificando, um filho portador de uma doença congênita pode receber um valor ou percentual diferenciado em relação ao filho nascido saudável, pois possui uma necessidade específica que objetivamente justifica a distinção, não havendo ofensa ao princípio constitucional da igualdade. A mesma regra se aplica quando se examina a questão sob a perspectiva da capacidade de contribuição do alimentante, sobretudo quando se constata que a regra do art. 1.703 do CC/2002 estipula que é dever de ambos os cônjuges contribuir para a manutenção dos filhos na proporção de seus recursos. Assim, poderá ser justificável a fixação de alimentos diferenciados entre a prole se, por exemplo,* ***sendo os filhos oriundos de distintos relacionamentos****, houver melhor capacidade de contribuição de um genitor ou genitora em relação ao outro.*

9.4. FACILITAÇÃO DA DISSOLUÇÃO DAS FAMÍLIAS

Do advento do CC/16 até 1977, no Brasil, imperou a indissolubilidade do casamento, muito em razão da influência religiosa e da preservação do patrimônio. Em 1977, editou-se a Lei 5.515/77,

conhecida como a Lei do Divórcio, que criou o sistema de dissolubilidade controlada, ou seja, o casamento poderia ser dissolvido nos casos previstos em lei.

Com a Constituição de 1988, art. 228, parágrafo 6º, adotou-se o princípio da facilitação do divórcio, não havia mais restrição quanto ao número, bem como os prazos foram reduzidos. Em 2010, editou-se a EC 66/10 que complementou o referido princípio, uma vez que:

- Eliminou os prazos para o divórcio;
- Aboliu a necessidade de indicação da causa do divórcio;
- Afastou a discussão sobre a culpa nas ações de divórcio;
  A culpa, em outras ações (a exemplo da ação de separação), pode ser importante para a discussão da responsabilidade civil (art. 927 do CC) e para a mutação da natureza dos alimentos (art. 1.704, parágrafo único).
- Eliminou o instituto da separação

Obs.: Como o CPC/15 permite a separação, o STJ entende que o instituto de separação permanece. No STF a matéria encontra-se em repercussão geral.

9.5. RESPONSABILIDADE FAMILIAR

A responsabilidade familiar pode ser vista em duas dimensões: filiação responsável e planejamento familiar.

9.5.1. Planejamento familiar

A Lei 9.263/96 estabelece algumas regras acerca do planejamento familiar, prevendo a possibilidade de esterilização humana com certos limites. Vejamos:

- Pessoa maior de 25 anos; ou
- Com dois ou mais filhos vivos;
- Intervalo mínimo entre a manifestação de vontade e a intervenção cirúrgica.

9.5.2. Filiação responsável

Inicialmente, salienta-se que a filiação responsável não impede que as mulheres de realizarem o parto anônimo, nos termos dos arts. 8º, 13 e 19-A do ECA, que consiste na entrega do filho na Vara da Infância e da Juventude para adoção, tendo sua identidade preservada.

Obs.: aos 18 anos o filho entregue possui o direito de saber quem é sua genitora, mas isso não lhe confere direito de alimentos e nem sucessórios.

Além disso, é perfeitamente possível a incidência dos instrumentos da responsabilidade civil nas ações de família, gerando indenização. A competência será da Vara de Família.

Em relação à indenização por abandono afetivo, atualmente, há o seguinte posicionamento:

Possibilidade de indenização por abandono afetivo	
4ª Turma do STJ (Resp. 757.411/MG)	Abandono afetivo não gera dano moral, tendo em vista que **o afeto não é um bem jurídico**. Pode gerar outros efeitos, como perda do poder familiar (efeito caducificante), mas não dano moral. Em outras palavras, o afeto não pode ser imposto. Essa corrente não ignora que é ato ilícito, porém sem efeito indenizante. É um ato ilícito que gera outros efeitos como suspensão e/ou perda do poder familiar (não é um prêmio! Continua obrigado a prestar alimentos, a herança etc.).
3ª Turma do STJ (Resp. 1.159.242/SP)	É possível falar em dano moral afetivo (ato ilícito), este dano teria natureza punitiva, tendo em vista que **há violação do dever de cuidado** (educação, criação e companhia) que os pais devem ter para com seus filhos.

Note que há diferença, a 4ªTurma refere-se ao afeto, ao passo que a 3ª Turma faz referência ao dever de cuidado.

UNIÃO ESTÁVEL

1. EVOLUÇÃO E PERSPECTIVA HISTÓRICA

O Código Civil de 1916 não reconhecia a união estável, a única forma de constituição de família era por meio do casamento. Assim, as relações constituídas sem casamento eram chamadas de concubinato, mera sociedade de fato (efeitos apenas obrigacionais).

Diante das inúmeras relações de concubinato, a jurisprudência passou a dar efeitos para o concubinato, quais sejam:

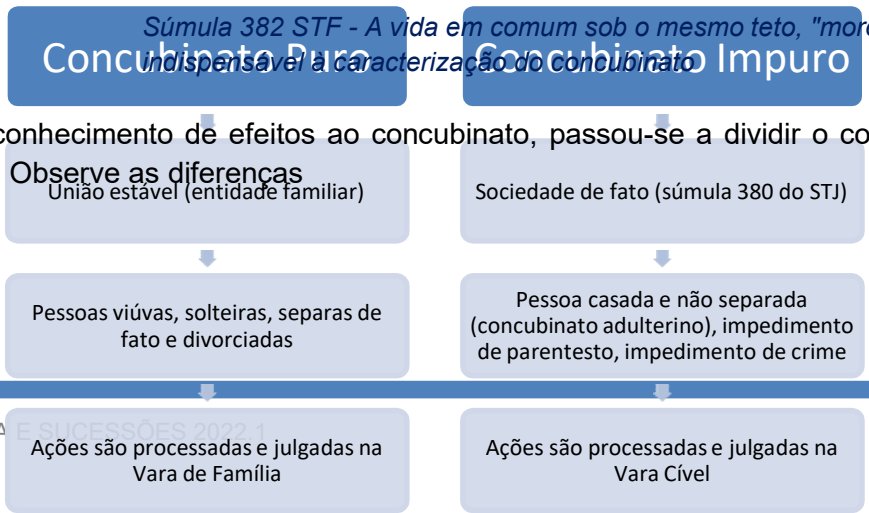
- Súmula 380 do STF – possibilidade de partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum dos concubinos.

> *Súmula 380 STF - comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.*

- Súmula 382 do STF – poderia ser reconhecido o concubinato mesmo nos casos em que os concubinos não morassem no mesmo local.

> *Súmula 382 STF - A vida em comum sob o mesmo teto, "more uxório", não é indispensável à caracterização do concubinato.*

Após o reconhecimento de efeitos ao concubinato, passou-se a dividir o concubinato em puro e em impuro. Observe as diferenças



Aos poucos, a legislação infraconstitucional passou a dar atenção às relações decorrentes de concubinato. Vejamos:

1ª – Lei 6.015/73 (Lei de Registros Públicos) – possibilidade de acréscimo de sobrenome pela concubina;

2ª – Antiga Lei Previdenciária (1976)

Contudo, apenas com a Constituição Federal de 1988 alterou-se o tratamento jurídico conferido ao concubinato, que passou a ser chamado de união estável (concubinato puro) e ser considerado como uma entidade familiar, merecendo proteção do Estado.

Perceba que o concubinato impuro não é uma entidade familiar, nos termos do art. 1.727 do CC.

> *Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar-se, constituem concubinato.*

2. CONCEITO DE UNIÃO ESTÁVEL E DIFERENÇAS

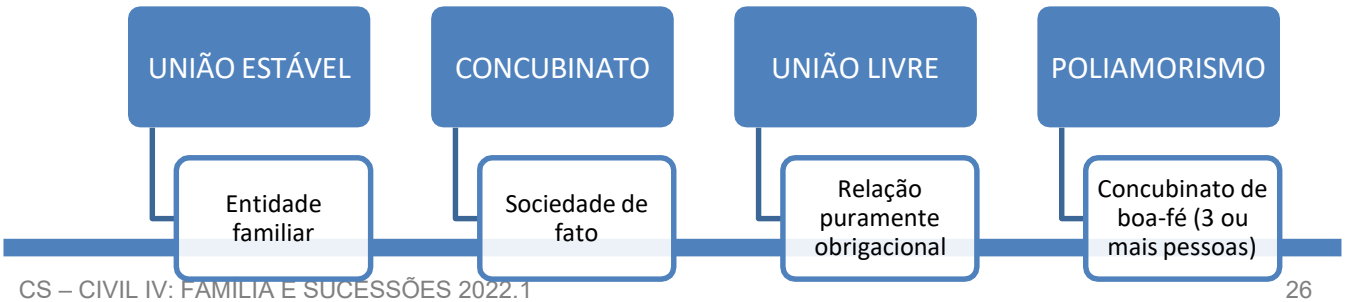
O art. 1.723 do CC traz o conceito de união estável, observe:

> *Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.*
> *§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521 ; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.*
> *§ 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.*

Portanto, note que a união estável apenas estará configurada quando as pessoas não forem impedidas de se casarem. Havendo impedimentos, conforme visto, estará configurado o concubinato (art. 1.727 do CC).

Obs.: **Uniões livres** são relacionamentos em que não há a intenção de constituição de uma família, por isso não é considerada uma união estável e nem um concubinato (já que não há impedimentos). Não é uma entidade familiar, pode gerar efeitos obrigacionais, a exemplo de namoros, noivados, ficantes. Destaca-se que, conforme entendimento do STJ, é aplicada a Lei Maria da Penha.

Além disso, a união estável não se confunde com o poliamorismo que nada mais é do que um concubinato de boa-fé objetiva entre os envolvidos, que se aceitam (não necessariamente há o elemento sexual).



3. VEDAÇÕES AO CONCUBINATO

Como visto, o concubinato continua sendo tratado pelo direito brasileiro à margem do Direito de Família, é considerado apenas uma sociedade de fato. O Código, inclusive, prevê algumas vedações ao concubinato, a fim de que ocorra um desestímulo.

1ª Vedação: proibição de doação para concubina (art. 550 do CC), sob pena de anulabilidade.

> *Art. 550. A doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal.*

Destaca-se que a contagem do prazo de dois anos começa a contar a partir da extinção da sociedade conjugal.

De acordo com o entendimento do STJ, a doação será válida quando o doador estiver separado de fato no momento da doação.

> *DIREITO CIVIL. DOAÇÃO. AQUISIÇÃO DE IMÓVEL EM NOME DA COMPANHEIRA POR HOMEM CASADO, JÁ SEPARADO DE FATO. DISTINÇÃO ENTRE CONCUBINA E COMPANHEIRA. As doações feitas por homem casado à sua companheira, após a separação de fato de sua esposa, são válidas, porque, nesse momento, o concubinato anterior dá lugar à união estável; **a contrário sensu, as doações feitas antes disso são nulas**. Recurso Especial de Marília Soares de Oliveira conhecido em parte e, nessa parte, provido; recurso especial de Françoise Pauline Portalier Tersiguel não conhecido. (REsp 408.296/RJ, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/06/2009, DJe 24/06/2009)*

2ª Vedação: proibição de seguro de vida para a concubina, sob pena de nulidade (art. 793 do CC)

> *Art. 793. É válida a instituição do companheiro como beneficiário, se ao tempo do contrato o segurado era separado judicialmente, ou já se encontrava separado de fato.*

3ª Vedação: proibição de herança ou legado, sob pena de nulidade (art. 1.801 do CC)

> *Art. 1.801. Não podem ser nomeados herdeiros nem legatários:*
> *III - o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos;*

Não há necessidade de estar separado de fato há mais de cinco anos, basta que tenha ocorrido a separação de fato (independentemente do tempo).

4ª Vedação: não gera benefício previdenciário, tendo em vista que não se trata de entidade familiar (STF, RE 397.762/BA)

> *COMPANHEIRA E CONCUBINA – DISTINÇÃO. Sendo o Direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel. UNIÃO ESTÁVEL – PROTEÇÃO DO*

ESTADO. A proteção do Estado à união estável alcança apenas as situações legítimas e nestas não está incluído o concubinato. PENSÃO – SERVIDOR PÚBLICO – MULHER – CONCUBINA – DIREITO. A titularidade da pensão decorrente do falecimento de servidor público pressupõe vínculo agasalhado pelo ordenamento jurídico, mostrando-se impróprio o implemento de divisão a beneficiar, em detrimento da família, a concubina. (RE 397762, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO)

5ª Vedação: proibição de indenização pelos serviços domésticos e sexuais prestados durante o concubinato.

Obs.: Maria Berenice Dias defende que o concubinato é entidade familiar, merecendo, portanto, proteção (posição minoritária). Igualmente, Cristiano Chaves sustenta que o concubinato, quando estiver caracterizado pela boa-fé objetiva (todos sabem e todos aceitam, exemplo de poliamorismo e subjetiva (casos de **união estável putativa**), deve produzir efeitos familiares. O STJ não concorda com tal entendimento. No STF foi reconhecida repercussão geral sobre o tema. Por fim, o TJ/RS reconhece, utiliza o termo "triação".

***STF (RE 1045273 – Tema 529)**: A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 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.*

Importante esclarecer que o STJ já possuía o mesmo entendimento:

A relação concubinária mantida simultaneamente ao matrimônio não pode ser reconhecida como união estável quando ausente separação de fato ou de direito do cônjuge. Nas hipóteses em que o concubinato impuro repercute no patrimônio da sociedade de fato aplica-se o Direito das obrigações. A partilha decorrente de sociedade de fato entre pessoas impõe a prova do esforço comum na construção patrimonial (Súmula nº 380/STF). STJ. 3ª Turma. REsp 1628701/BA, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 07/11/2017.

A jurisprudência do STJ e do STF é sólida em não reconhecer como união estável a relação concubinária não eventual, simultânea ao casamento, quando não estiver provada a separação de fato ou de direito do parceiro casado. STJ. 4ª Turma. AgInt no AREsp 999.189/MS, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, julgado em 16/05/2017.

4. REQUISITOS CARACTERIZADORES DA UNIÃO ESTÁVEL

Previstos no art. 1.723 do CC que deve ser lido em consonância com o art. 226, § 3º da CF. Observe:

***CC - Art. 1.723**. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.*

> ***CF – Art. 223, § 3º*** *Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.*

4.1. DIVERSIDADE DE SEXO

Apesar do texto legal fazer referência à dualidade de gênero (homem e a mulher), reconhece-se a união estável homoafetiva (STF ADI 4277).

A expressão homem e mulher deve ser interpretada como sendo entre pessoas humanas, em respeito à interpretação conforme a Constituição.

Obs.: Cabe reclamação constitucional diante da negativa de reconhecimento da união estável homoafetiva, uma vez que a decisão do STF foi proferida em controle concentrado, tendo eficácia *erga omnes*.

Após a decisão do STF, o STJ passou a entender que é possível a conversão da união estável homoafetiva em casamento, bem como é possível o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

4.2. CONVIVÊNCIA PÚBLICA E DURADORA

Não há tempo mínimo para que a relação seja considerada união estável, mas a convivência deve ser pública e estável.

> *STJ : Em relação à exigência de estabilidade para configuração da união estável, apesar de não haver previsão de um prazo mínimo, exige a norma que a convivência seja duradoura, em período suficiente a demonstrar a intenção de constituir família, permitindo que se dividam alegrias e tristezas, que se compartilhem dificuldades e projetos de vida, sendo necessário um tempo razoável de relacionamento. No caso concreto, o STJ afirmou que não havia união estável. Isso porque o relacionamento do casal teve um tempo muito exíguo de duração. Foram apenas dois meses de namoro, sendo duas semanas em coabitação, período que não permite a configuração da estabilidade necessária para o reconhecimento da união estável. STJ. 4ª Turma. REsp 1761887/MS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 06/08/2019.*

Obs.: a publicidade não pressupõe o registo em cartório, significa que não é clandestina.

4.3. OBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA

Deve estar presente a intenção de constituir uma família (*animus familiae*), os companheiros aparentam estar casados. Trata-se de elemento finalístico da união estável.

Observe o entendimento do STJ acerca do assunto:

> *DIREITO CIVIL. DEFINIÇÃO DE PROPÓSITO DE CONSTITUIR FAMÍLIA PARA EFEITO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. O fato de namorados projetarem constituir família no futuro não caracteriza união*

estável, ainda que haja coabitação. Isso porque essas circunstâncias não bastam à verificação da affectio maritalis. O propósito de constituir família, alçado pela lei de regência como requisito essencial à constituição da união estável - a distinguir, inclusive, esta entidade familiar do denominado "namoro qualificado" -, não consubstancia mera proclamação, para o futuro, da intenção de constituir uma família. É mais abrangente. Deve se afigurar presente durante toda a convivência, a partir do efetivo compartilhamento de vidas, com irrestrito apoio moral e material entre os companheiros. É dizer: a família deve, de fato, estar constituída. Tampouco a coabitação, por si, evidencia a constituição de uma união estável (ainda que possa vir a constituir, no mais das vezes, um relevante indício). A coabitação entre namorados, a propósito, afigura-se absolutamente usual nos tempos atuais, impondo-se ao Direito, longe das críticas e dos estigmas, adequar-se à realidade social. Por oportuno, convém ressaltar que existe precedente do STJ no qual, a despeito da coabitação entre os namorados, por contingências da vida, inclusive com o consequente fortalecimento da relação, reconheceu-se inexistente a união estável, justamente em virtude da não configuração do animus maritalis (REsp 1.257.819-SP, Terceira Turma, DJe 15/12/2011). REsp 1.454.643-RJ, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 3/3/2015, DJe 10/3/2015.

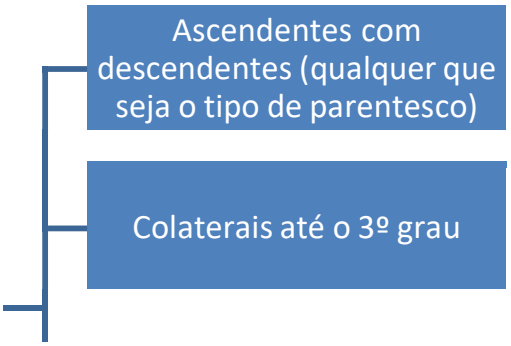
4.4. AUSÊNCIA DE IMPEDIMENTOS

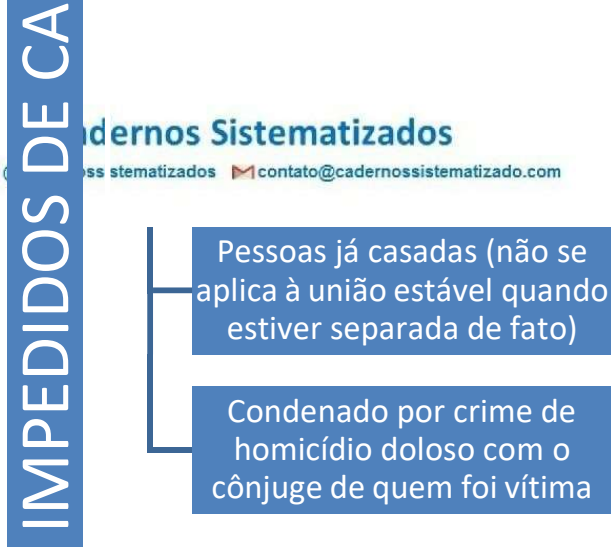
Os impedimentos matrimoniais, previstos no art. 1.521 do CC, não podem estar previstos.

Art. 1.723 - § 1 º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521 ; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

Art. 1.521. Não podem se casar:
I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;
II - os afins em linha reta;
III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;
IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;
V - o adotado com o filho do adotante;
VI - as pessoas casadas;
VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

Para fixar:





Por outro lado, as causas suspensivas do matrimonio não se aplicam à união estável.

> *Art. 1.723, § 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.*
>
> *Art. 1.523. Não devem se casar:*
> *I - o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros;*
> *II - a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal;*
> *III - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal;*
> *IV - o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas.*
> *Parágrafo único. É permitido aos nubentes solicitar ao juiz que não lhes sejam aplicadas as causas suspensivas previstas nos incisos I, III e IV deste artigo, provando-se a inexistência de prejuízo, respectivamente, para o herdeiro, para o ex-cônjuge e para a pessoa tutelada ou curatelada; no caso do inciso II, a nubente deverá provar nascimento de filho, ou inexistência de gravidez, na fluência do prazo.*

Na prática, as causas suspensivas geram a imposição do regime de separação obrigatória de bens que não será imposto à união estável. Salienta-se que o STJ entende que **para o maior de 70 anos**, em união estável, será aplicado o regime de separação obrigatória.

5. DEVERES OU EFEITOS PESSOAIS DECORRENTES DA UNIÃO ESTÁVEL

5.1. DEVERES CONJUGAIS

Os deveres conjugais encontram-se previstos no art. 1.724 do CC, vejamos:

> *Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.*

O art. 1.566 do CC estabelece os efeitos pessoais do casamento. Perceba que os efeitos fidelidade e coabitação não estão previstos para a união estável.

> *Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:*
> *I - fidelidade recíproca;*
> *II - vida em comum, no domicílio conjugal;*

Obs.: Cristiano Chaves afirma que a fidelidade é espécie de lealdade e respeito, portanto também está presente. Diferentemente da coabitação, poderá ser caracterizada a união estável mesmo quando os conviventes não morarem no mesmo local.

5.2. ACRÉSCIMO DE SOBRENOME

Considera-se efeito pessoal da união estável a possibilidade de acréscimo do sobrenome, nos termos dos arts. 56 a 58 da Lei de Registros Públicos.

Salienta-se que no casamento o sobrenome pode ser acrescido na habilitação. Tratando-se de união estável, há necessidade de requerimento judicial para que haja uma retificação no registro (art. 109 da Lei de Registros Públicos), a competência será da vara registral, em um procedimento de jurisdição voluntária (o juiz poderá julgar por equidade, devendo citar todos os interessados).

5.3. PARENTESCO POR AFINIDADE

O parentesco por afinidade, nos termos art. 1.595 do CC, será estabelecido tanto no casamento quanto na união estável.

É o parentesco por simetria, ou seja, o parentesco entre um cônjuge ou companheiro e os parentes do outro cônjuge ou companheiro. Por exemplo, o pai de Ana é seu parente em linha reta, consequentemente, o parentesco entre João (marido de Ana) e o seu sogro (pai de Ana) será em linha reta em primeiro grau por afinidade.

Em outras palavras, a linha e o grau se repetem por simetria (espécie de espelho invertido).

Obs.: o parentesco por afinidade, em linha reta, não se dissolve nunca (nem pela morte).

5.4. INALTERABILIDADE DO ESTADO CIVIL E NÃO EMANCIPAÇÃO

O casamento altera o estado civil e emancipa. Contudo, na união estável isso não acontece, uma vez que não produz efeitos perante terceiros. Portanto, perceba que uma pessoa solteira que convive em união estável continuará tendo o estado civil de solteira (mesmo que dispunha anteriormente)

5.5. PREFERÊNCIA PARA O EXERCÍCIO DE CURADORIA

O companheiro terá preferência para ser curador nos casos de ausência ou interdição.

5.6. PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE (*PATER IS EST*)

A presunção de paternidade, pelo art. 1.597 do CC, é exclusiva do casamento, não alcançando a união estável.

Contudo, destaca-se que o STJ entende que a presunção de paternidade também alcança a união estável.

> *DIREITO CIVIL. UNIÃO ESTÁVEL. PRESUNÇÃO DE CONCEPÇÃO DE FILHOS. **A presunção de concepção dos filhos na constância do casamento prevista no art. 1.597, II, do CC se estende à união estável**. Para a identificação da união estável como entidade familiar, exige-se a*

convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituição de família com atenção aos deveres de lealdade, respeito, assistência, de guarda, sustento e educação dos filhos em comum. O art. 1.597, II, do CC dispõe que os filhos nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal presumem-se concebidos na constância do casamento. Assim, admitida pelo ordenamento jurídico pátrio (art. 1.723 do CC), inclusive pela CF (art. 226, § 3º), a união estável e reconhecendo-se nela a existência de entidade familiar, aplicam-se as disposições contidas no art. 1.597, II, do CC ao regime de união estável. Precedentes citados do STF: ADPF 132-RJ, DJe 14/10/2011; do STJ: REsp 1.263.015-RN, DJe 26/6/2012, e REsp 646.259-RS, DJe 24/8/2010. REsp 1.194.059-SP, Rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 6/11/2012.

6. EFEITOS PATRIMONIAIS DA UNIÃO ESTÁVEL

6.1. REGIME DE BENS

Os efeitos patrimoniais da união estável decorrem do art. 1.725 do CC, observe:

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

Entram na comunhão parcial os bens adquiridos durante a convivência a título oneroso (compra e venda) ou eventual (bilhete premiado na loteria). Por outro lado, os bens adquiridos antes da convivência e adquiridos gratuitamente (doação e herança) não se comunicam.

Salienta-se que na união estável há uma presunção absoluta de colaboração, tendo em vista que cada companheiro não poderá provar que o outro não colaborou para a aquisição.

O contrato de convivência ou contrato de união estável é um negócio jurídico celebrado entre as partes, a fim de disciplinar os efeitos da união estável, terá efeito apenas entre as partes. Não precisa ser por escritura pública e não poderá ser registrado no Cartório de Registro de Imóveis.

Nesse sentido decidiu o STJ:

> *(...) 1. O texto de Lei que regula a possibilidade de contrato de convivência, quando aponta para ressalva de que contrato escrito pode ser entabulado entre os futuros conviventes para regular as relações patrimoniais, fixou uma dilatada liberdade às partes para disporem sobre seu patrimônio.2. A liberdade outorgada aos conviventes deve se pautar, como outra qualquer, apenas nos requisitos de validade de um negócio jurídico, regulados pelo art. 104 do Código Civil. 3. Em que pese a válida preocupação de se acautelar, via escritura pública, tanto a própria manifestação de vontade dos conviventes quanto possíveis interesses de terceiros, é certo que o julgador não pode criar condições onde a lei estabeleceu o singelo rito do contrato escrito. 4. Assim, o pacto de convivência formulado em particular, pelo casal, na qual se opta pela adoção da regulação patrimonial da futura relação como símil ao regime de comunhão universal, é válido, desde que escrito. (...) STJ. 3ª Turma. REsp 1459597/SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 01/12/2016.*

Salienta-se que não é lícito aos conviventes atribuírem efeitos retroativos ao contrato de união estável, a fim de eleger o regime de bens aplicável ao período de convivência anterior à sua assinatura. O regime de bens entre os companheiros começa a vigorar na data da assinatura do contrato, assim como o regime de bens entre os cônjuges começa a produzir efeitos na data do casamento (§ 1º do art. 1.639 do CC). O contrato de união estável é válido, mas somente gera efeitos para o futuro (ex nunc), ou seja, o STJ não admite a atribuição de efeitos pretéritos.

Excepcionalmente, é possível cláusula retroativa sobre o regime de bens, em contrato celebrado entre os conviventes, desde que haja expressa autorização judicial, nos termos do art. 1.639, § 2º, do CC.

> *A eleição do regime de bens da união estável por contrato escrito é dotada de efetividade ex nunc, sendo inválidas cláusulas que estabeleçam a retroatividade dos efeitos patrimoniais do pacto sem expressa autorização judicial, nos termos do art. 1.639, § 2º, do CC/2002. STJ. 4ª Turma. AREsp 1.631.112-MT, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, julgado em 26/10/2021 (Info 715).*

6.2. VÊNIA CONJUGAL

A outorga (vênia conjugal), prevista no art.1.647 do CC, não se aplica à união estável.

> *Art. 1.647. Ressalvado o disposto no art. 1.648 , nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta:*
> *I - alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis;*
> *II - pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos;*
> *III - prestar fiança ou aval;*
> *IV - fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação.*
>
> *Parágrafo único. São válidas as doações nupciais feitas aos filhos quando casarem ou estabelecerem economia separada.*

Contudo, há no STJ divergência sobre o tema. Observe:

STJ	
RESp. 1.299.866/DF	Não se aplica o art. 1.647 do CC à união estável.
RESp. 1.424.275/MS	Tratando-se de união estável notória (de conhecimento público) haverá aplicação do art. 1.647 do CC, de maneira excepcional.

6.3. CITAÇÃO DO COMPANHEIRO

O art. 73 do CPC/15 exige a participação do companheiro nos casos de:

- Ações reais imobiliárias;
- Ações possessórias quando houver composse;

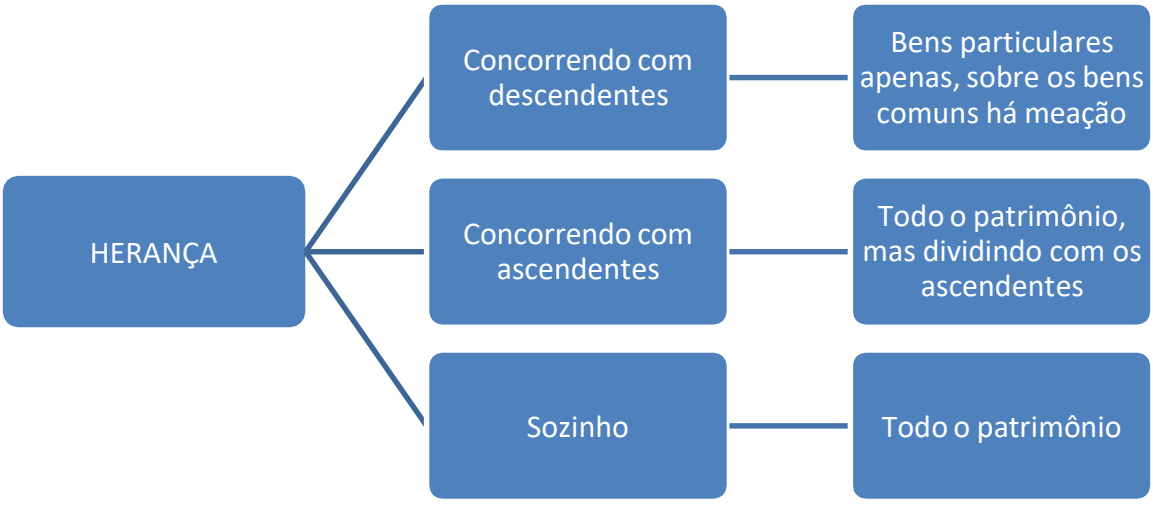
Art. 73. O cônjuge necessitará do consentimento do outro para propor ação que verse sobre direito real imobiliário, salvo quando casados sob o regime de separação absoluta de bens.
§ 1º Ambos os cônjuges serão necessariamente citados para a ação:
I - que verse sobre direito real imobiliário, salvo quando casados sob o regime de separação absoluta de bens;
II - resultante de fato que diga respeito a ambos os cônjuges ou de ato praticado por eles;
III - fundada em dívida contraída por um dos cônjuges a bem da família;
IV - que tenha por objeto o reconhecimento, a constituição ou a extinção de ônus sobre imóvel de um ou de ambos os cônjuges.
§ 2º Nas ações possessórias, a participação do cônjuge do autor ou do réu somente é indispensável nas hipóteses de composse ou de ato por ambos praticado.
§ 3º Aplica-se o disposto neste artigo à união estável comprovada nos autos.

6.4. DIREITO À HERANÇA

O convivente em união estável terá os mesmos direitos à herança que decorrem do casamento, aplicando-se o disposto do art. 1.829 do CC, tendo em vista que o STF declarou a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC.

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: (Vide Recurso Extraordinário nº 646.721) (Vide Recurso Extraordinário nº 878.694)
I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge ***ou companheiro*** *sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;*
II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge ***ou companheiro****;*
III - ao cônjuge ***ou companheiro*** *sobrevivente;*
IV - aos colaterais.

Em suma:



O companheiro não mais concorre com os colaterais. Nesse sentido, o Informativo 611 do STJ:

> *Info 611 STJ (RESp. 1.337.420/RS) Inicialmente¸ cumpre destacar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por meio do RE 878.694-MG (Tema 809 de Repercussão Geral) e do RE 646.721-RS (Tema 498), declarou que "o art. 1.790 do Código Civil de 2002 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". Com efeito, extrai-se do voto proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso que o Código Civil, ao diferenciar o casamento e as uniões estáveis no plano sucessório, promoveu um retrocesso e uma inconstitucional hierarquização entre as famílias, ao reduzir o nível de proteção estatal conferido aos indivíduos somente pelo fato de não estarem casados, violando a igualdade, a dignidade da pessoa humana, a proporcionalidade, e contrariando, ademais, a vedação à proteção insuficiente, bem como a proibição ao retrocesso. Ainda quanto ao assunto, cumpre registrar que a presente controvérsia foi julgada de forma semelhante pela Terceira Turma do STJ, no julgamento do REsp 1.332.773-MS, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 1/8/2017, conforme divulgação do Informativo de Jurisprudência n. 609 (13/9/2017). No caso dos autos, porém, o art. 1.790, III, do CC/2002 foi invocado para fundamentar o direito de sucessão afirmado pelos recorridos (irmãos e sobrinhos do falecido) e consequente legitimidade ativa em ação de anulação de adoção. É que, declarada a nulidade da adoção, não subsistiria a descendência, pois a filha adotiva perderia esse título, deixando de ser herdeira, e, diante da inexistência de ascendentes, os irmãos e sobrinhos seriam chamados a suceder, em posição anterior à companheira sobrevivente. Nessa linha, considerando que não há espaço legítimo para o estabelecimento de regimes sucessórios distintos entre cônjuges e companheiros, a lacuna criada com a declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002 deve ser preenchida com a aplicação do regramento previsto no art. 1.829 da atual legislação civil, que estabelece a seguinte ordem de sucessão: I- descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente; II- ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III- cônjuge sobrevivente e; IV- colaterais. **Considerando a ordem de vocação engendrada para o casamento, verifica-se que tanto a sucessão de cônjuges como a sucessão de companheiros devem seguir, a partir da decisão do STF, o regime atualmente traçado no art. 1.829 do CC/2002** (RE 878.694/MG, Rel. Min. Luís Roberto Barroso). Desse modo, na falta de descendentes e de ascendentes, o companheiro receberá a herança sozinho, exatamente como previsto para o cônjuge, excluindo os colaterais até o quarto grau (irmãos, tios, sobrinhos, primos, tios-avôs e sobrinhos-netos).*

6.5. DIREITO AO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO

Há a mesma presunção de dependência decorrente do casamento.

O STJ entende, no entanto, que o direito ao benefício previdenciário não se confunde com o direito à previdência privada (RESp. 1.477.937/MG) que não é conferido ao companheiro no momento da partilha.

STJ Informativo 606 - Cinge-se a controvérsia a identificar se o benefício de previdência privada fechada se inclui dentro do rol das exceções do art. 1.659, VII, do CC/2002 e, portanto, é verba excluída da partilha em virtude da dissolução de união estável, que observa, em regra, o regime da comunhão parcial dos bens. Inicialmente, cumpre observar que a previdência complementar fechada possui natureza análoga aos institutos das pensões, meios-soldos, montepios, incluindo-se, por isso, nos termos "outras rendas" do art. 1.659, VII, do CC/2002. Ademais, observa-se que as entidades fechadas de previdência complementar, diferentemente das abertas, disponibilizam os planos de benefícios de natureza previdenciária apenas aos empregados atrelados a uma empresa ou grupo de empresas, sem se confundir, contudo, com relação laboral. Além disso, não faria sentido possibilitar a partilha do benefício, visto que o princípio nuclear da previdência complementar fechada é justamente o equilíbrio financeiro e atuarial. Não se pode negar que esse equilíbrio, preceito elementar e inerente ao sistema previdenciário, é permeado de cálculos extremamente complexos, que consideram para a saúde financeira da entidade, inúmeras variáveis, tais como a expectativa de vida, o número de participantes, o nível de remuneração atual e o percentual de substituição do benefício complementar. Acrescer o regime de casamento ao cálculo desequilibraria o sistema como um todo, criando a exigência de que os regulamentos e estatutos das entidades previdenciárias passassem a considerar o regime de bens de união estável ou casamento dos participantes no cálculo atuarial, o que não faz o menor sentido por não se estar tratando de uma verba tipicamente trabalhista, mas, sim, de pensão, cuja natureza é distinta. Aliás, destaca-se que tal verba não pode sequer ser levantada ou resgatada ao bel prazer do participante, que deve perder o vínculo empregatício com a patrocinadora ou completar os requisitos para tanto, sob pena de violação de normas previdenciárias e estatutárias. Por fim, ressalta-se que a alegada obrigação de partilha não encontra correspondente na aposentadoria pública, benefício pago pelo INSS, que não é incluído, em regra, na meação como "bem", em razão da incomunicabilidade da verba.

6.6. DIREITO AOS ALIMENTOS

A pensão alimentícia é conferida aos conviventes em união estável, nas mesmas hipóteses do casamento, devendo obedecer ao trinômio:

- Necessidade de quem recebe;
- Capacidade contributiva de quem presta
- Proporcionalidade

6.7. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO

Refere-se ao direito de continuar residindo no imóvel que servia de lar à entidade familiar, estava previsto no art. 7º da Lei 9.278/96, sendo vitalício, mas condicionado já que a constituição de uma nova família era causa de exclusão.

Contudo, como o STF entendeu que o sistema sucessório do companheiro é o mesmo do casamento, não mais se aplica o art. 7º. Assim, conforme entende o STJ será aplicado o art. 1.831

do CC, será vitalício e incondicionado (mesmo que constitua nova família).

> *Art. 1.831. Ao cônjuge **ou companheiro** sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.*

Importante salientar que o direito real de habitação tem caráter gratuito, razão pela qual os herdeiros não podem exigir remuneração do(a) companheiro(a) ou cônjuge sobrevivente pelo fato de estar usando o imóvel. Seria um contrassenso dizer que a pessoa tem direito de permanecer no imóvel em que residia antes do falecimento do seu companheiro ou cônjuge, e, ao mesmo tempo, exigir dela o pagamento de uma contrapartida (uma espécie de "aluguel") pelo uso exclusivo do bem. Nesse sentido:

> *Os herdeiros não podem exigir remuneração da companheira sobrevivente, nem da filha que com ela reside no imóvel. STJ. 3ª Turma. REsp 1.846.167-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 09/02/2021 (Info 685).*

6.8. EXERCÍCIO DA INVENTARIANÇA

Conforme previsto no art. 616 do CPC/15, o companheiro poderá ser inventariante.

> *Art. 616. Têm, contudo, legitimidade concorrente:*
> *I - o cônjuge ou companheiro supérstite;*

6.9. LEGITIMIDADE PARA OPOR EMBARGOS DE TERCEIROS

Para defender a meação, o companheiro possui legitimidade para opor embargos de terceiros, nos termos do art. 674 do CPC.

> *Art. 674. Quem, não sendo parte no processo, sofrer constrição ou ameaça de constrição sobre bens que possua ou sobre os quais tenha direito incompatível com o ato constritivo, poderá requerer seu desfazimento ou sua inibição por meio de embargos de terceiro.*
> *§ 1º Os embargos podem ser de terceiro proprietário, inclusive fiduciário, ou possuidor.*
> *§ 2º Considera-se terceiro, para ajuizamento dos embargos:*
> *I - o cônjuge ou companheiro, quando defende a posse de bens próprios ou de sua meação, ressalvado o disposto no art. 843 ;*

6.10. PARTILHA DE DIREITOS REAIS SOBRE A COISA ALHEIA DE BENS PÚBLICOS

Na dissolução de união estável é possível a partilha dos direitos de concessão de uso para moradia de imóvel público.

Imagine, por exemplo, que João e Maria viviam em união estável. No curso dessa união eles passaram a residir em uma casa pertencente ao Governo do Distrito Federal sobre o qual receberam a concessão de uso para fins de moradia. Depois de algum tempo decidem colocar fim à relação. Deverá haver uma partilha sobre os direitos relacionados à concessão de uso.

7. CONVERSÃO DA UNIÃO ESTÁVEL EM CASAMENTO

A Constituição prevê que a lei facilitará a conversão da união estável em casamento. Já o art. 1.726 do CC prevê que para haver a conversão da união estável em casamento é necessário formular pedido ao juiz e assentar no Registro Civil.

> *Art. 1.726. A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.*

No entanto, o STJ entende que o casal poderá fazer o pedido diretamente no Registro Civil, caso assim o queira, ou perante o juiz.

> *O art. 8º da Lei nº 9.278/96 prevê a possibilidade de que a conversão da união estável em casamento seja feita pela via extrajudicial. No entanto, este dispositivo não impõe a obrigatoriedade de que se formule o pedido de conversão na via administrativa antes de se ingressar com a ação judicial.*
> *O art. 8º da Lei nº 9.278/96 deve ser interpretado como sendo uma faculdade das partes. Dessa forma, o ordenamento jurídico oferece duas opções ao casal: a) pode fazer a conversão extrajudicial, nos termos do art. 8º da Lei 9.278/96; ou b) pode optar pela conversão judicial, conforme preconiza o art. 1.726 do CC. STJ. 3ª Turma. REsp 1685937-RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 17/8/2017 (Info 609).*

8. JURISPRUDÊNCIA EM TESE E UNIÃO ESTÁVEL

Colacionamos o Edição nº. 50 da Jurisprudência em Tese do STJ acerca dos temas que envolvem a união estável.

1) Os princípios legais que regem a sucessão e a partilha não se confundem: a sucessão é disciplinada pela lei em vigor na data do óbito; a partilha deve observar o regime de bens e o ordenamento jurídico vigente ao tempo da aquisição de cada bem a partilhar.

2) A coabitação não é elemento indispensável à caracterização da união estável.

3) A vara de família é a competente para apreciar e julgar pedido de reconhecimento e dissolução de união estável homoafetiva.

4) Não é possível o reconhecimento de uniões estáveis simultâneas.

5) A existência de casamento válido não obsta o reconhecimento da união estável, desde que haja separação de fato ou judicial entre os casados.

6) Na união estável de pessoa maior de setenta anos (art. 1.641, II, do CC/02), impõe-se o regime da separação obrigatória, sendo possível a partilha de bens adquiridos na constância da relação, desde que comprovado o esforço comum.

7) São incomunicáveis os bens particulares adquiridos anteriormente à união estável ou ao casamento sob o regime de comunhão parcial, ainda que a transcrição no registro imobiliário ocorra na constância da relação.

8) O companheiro sobrevivente tem direito real de habitação sobre o imóvel no qual convivia com o falecido, ainda que silente o art. 1.831 do atual Código Civil.

9) O direito real de habitação pode ser invocado em demanda possessória pelo companheiro

sobrevivente, ainda que não se tenha buscado em ação declaratória própria o reconhecimento de união estável.

10) Não subsiste o direito real de habitação se houver copropriedade sobre o imóvel antes da abertura da sucessão ou se, àquele tempo, o falecido era mero usufrutuário do bem.

11) A valorização patrimonial dos imóveis ou das cotas sociais de sociedade limitada, adquiridos antes do início do período de convivência, não se comunica, pois não decorre do esforço comum dos companheiros, mas de mero fator econômico.

12) A incomunicabilidade do produto dos bens adquiridos anteriormente ao início da união estável (art. 5º, § 1º, da Lei n. 9.278/96) não afeta a comunicabilidade dos frutos, conforme previsão do art. 1.660, V, do Código Civil de 2002.

14) Não há possibilidade de se pleitear indenização por serviços domésticos prestados com o fim do casamento ou da união estável, tampouco com o cessar do concubinato, sob pena de se cometer grave discriminação frente ao casamento, que tem primazia constitucional de tratamento.

15) Compete à Justiça Federal analisar, incidentalmente e como prejudicial de mérito, o reconhecimento da união estável nas hipóteses em que se pleiteia a concessão de benefício previdenciário.

16) A presunção legal de esforço comum quanto aos bens adquiridos onerosamente prevista no art. 5º da Lei n. 9.278/1996, não se aplica à partilha do patrimônio formado pelos conviventes antes da vigência da referida legislação.

CASAMENTO

1. PERSPECTIVA ÓTICA CIVIL-CONSTITUCIONAL

Como mencionado acima, o Direito Civil, assim como todo o direito, deve ser interpretado à luz da Constituição, sem esquecer a aplicação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Até o advento da Constituição Federal de 1988, o casamento era a única forma de constituição de família.

A partir da Constituição Federal de 1988, mais precisamente com a redação do seu art. 226 surgem a pluralidade de núcleos familiares, sem o casamento apenas uma das formas de constituir família, não mais a única.

2. CONCEITO

O casamento é uma entidade familiar solene, formal, com projeção de efeito *erga omnes* em razão do seu registro.

Pode-se afirmar que o casamento traduz a união formal (negócio jurídico) de pessoas com o objetivo de constituir uma comunhão plena de vida (existencial e patrimonial), baseada na igualdade substancial, é a ideia prevista no art. 1.511 do CC:

> *Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.*

Salienta-se que a ideia de comunhão plena de vida afasta a interferência de terceiros no casamento, nos termos do art. 1.513 do CC. Para a doutrina, o dispositivo foi destinado ao Estado.

> *Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.*

Com base no art. 1.513 do CC, doutrina minoritária passou a defender a responsabilidade civil do "amante", já que seria um terceiro interferindo na comunhão de vida instituída pela família. Entretanto, o STJ (Resp. 922.462/SP) entendeu que os deveres do casamento e da união estável são *intra partes*, não podendo ser oponível a terceiros.

> *RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL. DANOS MATERIAIS E MORAIS. ALIMENTOS. IRREPETIBILIDADE. DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE FIDELIDADE. OMISSÃO SOBRE A VERDADEIRA PATERNIDADE BIOLÓGICA DE FILHO NASCIDO NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO. DOR MORAL CONFIGURADA. REDUÇÃO DO VALOR INDENIZATÓRIO. 1. Os alimentos pagos a menor para prover as condições de sua subsistência são irrepetíveis. 2. O elo de afetividade determinante para a assunção voluntária da paternidade presumidamente legítima pelo nascimento de criança na constância do casamento não invalida a relação construída com o pai socioafetivo ao longo do período de convivência. 3.* ***O dever de fidelidade recíproca dos cônjuges é atributo básico do casamento e não se estende ao cúmplice de traição a quem não pode ser imputado o fracasso da sociedade conjugal por falta de previsão legal****. 4. O cônjuge que deliberadamente omite a verdadeira paternidade biológica do filho gerado na constância do casamento viola o dever de boa-fé, ferindo a dignidade do companheiro (honra subjetiva) induzido a erro acerca de relevantíssimo aspecto da vida que é o exercício da paternidade, verdadeiro projeto de vida. 5. A família é o centro de preservação da pessoa e base mestra da sociedade (art. 226 CF/88) devendo-se preservar no seu âmago a intimidade, a reputação e a autoestima dos seus membros. 6. Impõe-se a redução do valor fixado a título de danos morais por representar solução coerente com o sistema. 7. Recurso especial do autor desprovido; recurso especial da primeira corré parcialmente provido e do segundo corréu provido para julgar improcedente o pedido de sua condenação, arcando o autor, neste caso, com as despesas processuais e honorários advocatícios.*

3. NATUREZA JURÍDICA

Salienta-se que "natureza jurídica" se refere ao enquadramento do instituto, ou seja, sua posição topológica no ordenamento jurídico.

1º Momento: CC/16 até a EC 9/99 – natureza institucional;

2º Momento: EC/77 (Lei 6.515/77) – natureza mista (em caráter excepcional admitia-se o divórcio, uma única vez);

3º Momento: a partir de 1988 – natureza contratual (negócio jurídico com regras próprias).

4. PROVA DO CASAMENTO

4.1. PREVISÃO LEGAL

Os arts. 1.543 a 1.547 do CC consagram a regulamentação acerca da prova do casamento. Vejamos os dispositivos:

> *Art. 1.543. O casamento celebrado no Brasil prova-se pela certidão do registro.*
> *Parágrafo único. Justificada a falta ou perda do registro civil, é admissível qualquer outra espécie de prova.*
>
> *Art. 1.544. O casamento de brasileiro, celebrado no estrangeiro, perante as respectivas autoridades ou os cônsules brasileiros, deverá ser registrado em cento e oitenta dias, a contar da volta de um ou de ambos os cônjuges ao Brasil, no cartório do respectivo domicílio, ou, em sua falta, no 1 º Ofício da Capital do Estado em que passarem a residir.*
>
> *Art. 1.545. O casamento de pessoas que, **na posse do estado de casadas**, não possam manifestar vontade, ou tenham falecido, não se pode contestar em prejuízo da prole comum, salvo mediante certidão do Registro Civil que prove que já era casada alguma delas, quando contraiu o casamento impugnado.*
> *Art. 1.546. Quando a prova da celebração legal do casamento resultar de processo judicial, o registro da sentença no livro do Registro Civil produzirá, tanto no que toca aos cônjuges como no que respeita aos filhos, todos os efeitos civis desde a data do casamento.*
>
> *Art. 1.547. Na dúvida entre as provas favoráveis e contrárias, julgar-se-á pelo casamento, se os cônjuges, cujo casamento se impugna, viverem ou tiverem vivido na posse do estado de casados.*

Pela leitura dos dispositivos acima, é possível perceber que prova do casamento pode ser direta ou indireta (prova supletória).

4.2. PROVA DIREITA

É feita pela Certidão de Casamento expedida pelo Cartório de Registro Civil.

4.3. PROVA INDIRETA

Havendo o perecimento do Registro, o casamento será provado indiretamente através de todo e qualquer meio de prova permitido pelo ordenamento jurídico.

As provas serão produzidas em uma ação de justificação de casamento, de competência da Vara de Família, que poderá ser ajuizada pelos cônjuges ou por terceiros (filhos, credores). Trata-se de uma ação de jurisdição voluntária, por isso TODOS os interessados devem ser citados (art. 721 do CPC), podendo o juiz julgar por equidade (art. 723 do CPC).

> *Código de Processo Civil*
> *Art. 721. Serão citados todos os interessados, bem como intimado o Ministério Público, nos casos do art. 178 , para que se manifestem, querendo, no prazo de 15 (quinze) dias.*
>
> *Art. 723. O juiz decidirá o pedido no prazo de 10 (dez) dias.*
> *Parágrafo único. O juiz não é obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que considerar mais conveniente ou oportuna.*

A expressão "posse do estado de casadas", prevista no art. 1.545 do CC, consagra a aplicação da Teoria da Aparência ao Direito de Família, tendo em vista que ficará provado que os cônjuges: usam nome de casados, tratam-se como casados e possuem "fama" de casados.

Ao proferir a sentença na ação de justificação de casamento, o juiz deverá aplicar o princípio *in dubio pro casamento*, ou seja, havendo dúvidas entre provas favoráveis e contrárias a decisão deve ser pela existência do casamento.

Destaca-se que a sentença procedente produzirá efeitos retroativos.

Obs.: A ação de justificação de casamento não se aplica para os conviventes em união estável. É exclusiva para pessoas que casaram e que não possuam a prova direta, valendo-se da prova supletória.

4.4. PROVA DO CASAMENTO NO ESTRANGEIRO

O casamento celebrado no estrangeiro será comprovado através do registro no Cartório do domicílio, no prazo até 180 dias após o regresso ao Brasil.

Destaca-se que o casamento, ao ser celebrado no estrangeiro, é existente, válido e eficaz. O Registro, nos termos do art. 1.544 do CC, é apenas para fins de prova do casamento. Nesse sentido, foi o entendimento fixado pelo STJ no Resp. 280.197/RJ.

> *CIVIL. CASAMENTO REALIZADO NO ESTRANGEIRO. MATRIMÔNIO SUBSEQUENTE NO PAÍS, SEM PRÉVIO DIVÓRCIO. ANULAÇÃO. O casamento realizado no estrangeiro é válido no país, tenha ou não sido aqui registrado, e por isso impede novo matrimônio, salvo se desfeito o anterior. Recurso especial não conhecido. (REsp 280.197/RJ, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/06/2002, DJ 05/08/2002, p. 328)*

Obs.: O casamento no estrangeiro, explicado acima, não se confunde com o casamento consular. No casamento consular duas pessoas de mesma nacionalidade dirigem-se à autoridade consular que irá celebrar o casamento, equivale a celebração no território nacional.

> *LINDB - Art. 18. Tratando-se de brasileiros, são competentes as autoridades consulares brasileiras para lhes celebrar o casamento e os mais atos de Registro Civil e de tabelionato, inclusive o registro de nascimento e de óbito dos filhos de brasileiro ou brasileira nascido no país da sede do Consulado.*

Importante consignar que a autoridade consular poderá realizar divórcio e separação, desde que seja consensual, sem interesse de incapaz e com assistência de advogado.

5. PROMESSA DE CASAMENTO OU ESPONSAIS

Segundo Antônio Chaves, os esponsais consistem em um compromisso de casamento entre duas pessoas desimpedidas com o escopo de possibilitar que se conheçam melhor, que aquilatem suas afinidades e gostos.

A promessa de casamento, não está submetida às regras de Direito de Família, é uma assunção de obrigações jurídicas para o casamento, por exemplo a entrada para a habilitação do casamento.

Salienta-se que o simples noivado não é uma promessa de casamento. Além disso, no noivado não incide nenhum efeito do direito de família e nem do direito sucessório.

Obs.: Não se aplica a teoria da perda de uma chance entre noivos, tendo em vista que os noivos não perdem nenhuma vantagem econômica. No casamento busca-se a comunhão plena de vida.

6. ESPÉCIES DE CASAMENTO

6.1. CASAMENTO CIVIL

Há países, a exemplo da Argentina e do Uruguai, que admitem apenas o casamento civil como regra. Por isso, o casamento religioso não possui efeitos jurídicos.

O Brasil é um Estado laico, por isso o casamento é civil, civis são seus efeitos. Contudo, admite-se sua celebração religiosa de acordo com a vontade das partes.

> *Art. 1.512. O casamento é civil e gratuita a sua celebração.*
> *Parágrafo único. A habilitação para o casamento, o registro e a primeira certidão serão isentos de selos, emolumentos e custas, para as pessoas cuja pobreza for declarada, sob as penas da lei.*

Importante consignar que a celebração civil será gratuita. Para pessoas declaradas pobres (basta a simples declaração de pobreza) não haverá a cobrança da habilitação, do registro e da primeira certidão.

6.2. CASAMENTO RELIGIOSO

Por outro lado, alguns países, que possuem religião oficial, admitem apenas o casamento religioso. O casamento civil fica restrito aos praticantes de religiões não oficiais ou que não tenham nenhuma religião.

O Código Civil Brasileiro admite a celebração do casamento religioso, qualquer que seja a religião, tendo em vista que no Brasil admite-se a liberdade de crença (católica, evangélica, budista, espírita, umbandista, hinduísta etc.).

A celebração do casamento religioso terá efeitos civis e validade desde a data da celebração, quando atendidas as seguintes exigências:

- Prévia habilitação em cartório

- Registro no prazo de 90 dias (condição de eficácia)

> *Art. 1.515. O casamento religioso, que atender às exigências da lei para a validade do casamento civil, equipara-se a este, desde que registrado no registro próprio, produzindo efeitos a partir da data de sua celebração.*
>
> *Art. 1.516. O registro do casamento religioso submete-se aos mesmos requisitos exigidos para o casamento civil.*
> *§ 1 º O registro civil do casamento religioso deverá ser promovido dentro de noventa dias de sua realização, mediante comunicação do celebrante ao ofício competente, ou por iniciativa de qualquer interessado, desde que haja sido homologada previamente a habilitação regulada neste Código. Após o referido prazo, o registro dependerá de nova habilitação.*
> *§ 2 º O casamento religioso, celebrado sem as formalidades exigidas neste Código, terá efeitos civis se, a requerimento do casal, for registrado, a qualquer tempo, no registro civil, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente e observado o prazo do art. 1.532 .*
> *§ 3 º Será nulo o registro civil do casamento religioso se, antes dele, qualquer dos consorciados houver contraído com outrem casamento civil.*

Salienta-se que é possível que o registro civil do casamento religioso seja feito posteriormente (após os 90 dias e a qualquer tempo), conferindo-se os mesmos efeitos civis, desde que ocorra habilitação. Para a retroação eficacial serão analisados os impedimentos.

6.3. CASAMENTO MISTO

Tanto o casamento religioso quanto o casamento civil produzem os mesmos efeitos jurídicos.

7. CAPACIDADE PARA O CASAMENTO

O Código Civil estabeleceu a idade núbil, nos termos do art. 1.517, em 16 anos de idade, sendo que entre 16 e 18 os nubentes precisarão de autorização dos pais ou de suprimento de consentimento.

> *Art. 1.517. O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil.*
> *Parágrafo único. Se houver divergência entre os pais, aplica-se o disposto no parágrafo único do art. 1.631 .*

É possível que os pais ou os tutores revoguem a autorização até a celebração do casamento. Além disso, o juiz poderá suprir a autorização (suprimento de consentimento) quando entender que a negativa foi injusta, por meio de uma ação de jurisdição voluntária (citar todos os interessados e decisão poderá ser equidade).

> *Art. 1.518. Até a celebração do casamento podem os pais ou tutores revogar a autorização. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)*
>
> *Art. 1.519. A denegação do consentimento, quando injusta, pode ser suprida pelo juiz.*

Com o advento da Lei 13.811/2019 não mais se admite o casamento de quem não atingiu a idade núbil.

> *Art. 1.520. Não será permitido, em qualquer caso, o casamento de quem não atingiu a idade núbil, observado o disposto no art. 1.517 deste Código . (Redação dada pela Lei nº 13.811, de 2019)*

8. IMPEDIMENTOS MATRIMONIAIS

8.1. PREVISÃO LEGAL

Os impedimentos para o casamento estão previstos nos arts. 1.521 e 1.522 do CC. Vejamos:

> *Art. 1.521. Não podem casar:*
> *I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;*
> *II - os afins em linha reta;*
> *III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;*
> *IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;*
> *V - o adotado com o filho do adotante;*
> *VI - as pessoas casadas;*
> *VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.*
>
> *Art. 1.522. Os impedimentos podem ser opostos, até o momento da celebração do casamento, por qualquer pessoa capaz.*
> *Parágrafo único. Se o juiz, ou o oficial de registro, tiver conhecimento da existência de algum impedimento, será obrigado a declará-lo.*

8.2. CONCEITOS

Os impedimentos são proibições de ordem pública para o casamento, que não se confundem com as incapacidades, podendo ser opostos desde a habilitação até a celebração, por qualquer pessoa. Desta forma, acontecendo quaisquer das hipóteses previstas nos incisos do art. 1.521 do CC as partes não poderão se casar.

Os impedimentos fundamentam-se na proteção da família e devem ser interpretados restritivamente. Por exemplo, irmãos por afinidade (João, pai de Lívia, casa-se com Camila, mão de José. Não há impedimento para que Lívia e José se casem).

Não esqueça que os impedimentos se aplicam à união estável, salvo o inciso VI quando houver separação de fato, independente do prazo.

8.3. EFEITOS

Nos termos do art. 1.548, II do CC, o casamento realizado com alguma hipótese de impedimento será considera nulo.

> *Art. 1.548. É nulo o casamento contraído:*
> *II - por infringência de impedimento.*

Salienta-se que pode ser alegado após a realização do casamento, por meio de uma ação declaratória de nulidade que é imprescritível.

> *Art. 1.549. A decretação de nulidade de casamento, pelos motivos previstos no artigo antecedente, pode ser promovida mediante ação direta, por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público.*

Além disso, o casamento nulo não pode ser ratificado pelas partes. Contudo, é possível que seja reconhecido como casamento putativo (veremos abaixo) para que tenha sua eficácia reconhecida.

Importante destacar o revogado inciso I, do art. 1.548 do CC: "Casamento contraído por enfermo mental sem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil". Esta previsão de nulidade era exatamente a mesma constante do art. 3.º, II, do CC, também incluindo os doentes mentais sem discernimento, eis que enfermidade e doença eram tidas como expressões sinônimas. Deveria apenas ser feita a ressalva de que não se exigia o processo de interdição prévio para o casamento ser considerado nulo.

No passado, o Enunciado n. 332 do CJF, aprovado na IV Jornada de Direito Civil, deu interpretação restritiva ao dispositivo, não admitindo anteriormente a nulidade absoluta do casamento das pessoas descritas no então art. 3.º, III, do CC. Assim: "A hipótese de nulidade prevista no inc. I do art. 1.548 do Código Civil se restringe ao casamento realizado por enfermo mental absolutamente incapaz, nos termos do inc. II do art. 3.º do Código Civil".

De toda sorte, com vistas à plena inclusão das pessoas com deficiência, esse dispositivo foi revogado expressamente pelo art. 114 da Lei 13.146/2015. Assim, as pessoas antes descritas no comando podem se casar livremente, não sendo mais consideradas como absolutamente incapazes no sistema civil brasileiro.

A inovação veio em boa hora, pois a lei presumia de forma absoluta que o casamento seria prejudicial aos então incapazes, o que não se sustentava social e juridicamente. Aliás, conforme se retira do art. 1.º da norma emergente, o Estatuto da Pessoa com Deficiência é destinado a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania. A possibilidade atual de casamento dessas pessoas parece tender a alcançar tais objetivos, nos termos do que consta do art. 6.º da mesma Lei 13.146/2015.

8.4. HIPÓTESES DE IMPEDIMENTO MATRIMONIAL

1ª Hipótese: os ascendentes com os descentes, qualquer que seja o tipo de parentesco.

2ª Hipótese: os colaterais, até o 3º grau, qualquer que seja o tipo de parentesco.

Destaca-se que a doutrina já consolidou o entendimento (Maria Berenice e Jones Figueiredo Alves) segundo o qual o impedimento de casamento entre colaterais de terceiro grau (tios e sobrinhos), que visa a proteger a saúde genética da prole, é relativizado se houver laudo médico favorável, nos termos do Dec. Lei 3.200/41. Esse tipo de casamento, entre colaterais de 3º grau, chama-se ***casamento avuncular*** (não confundir esta palavra com "avoengo" que tem a ver com avós).

> ***CJF 98 -*** *Art. 1.521, IV, do novo Código Civil: O inc. IV do art. 1.521 do novo*

> *Código Civil deve ser interpretado à luz do Decreto-lei n. 3.200/41, no que se refere à possibilidade de casamento entre colaterais de 3º grau.*

3ª Hipótese: pessoas casadas no civil, o ordenamento jurídico proíbe a bigamia. Portanto, o casamento apenas religioso não é causa de impedimento.

4ª Hipótese: o sobrevivente com quem foi condenado por homicídio ou tentativa contra o falecido cônjuge.

9. CAUSAS SUSPENSIVAS DO CASAMENTO

9.1. PREVISÃO LEGAL

Os arts. 1.523 e 1.524 do CC disciplinas as causas suspensivas do casamento. Vejamos:

> *Art. 1.523. Não devem casar:*
> *I - o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros;*
> *II - a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal;*
> *III - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal;*
> *IV - o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas.*
> *Parágrafo único. É permitido aos nubentes solicitar ao juiz que não lhes sejam aplicadas as causas suspensivas previstas nos incisos I, III e IV deste artigo, provando-se a inexistência de prejuízo, respectivamente, para o herdeiro, para o ex-cônjuge e para a pessoa tutelada ou curatelada; no caso do inciso II, a nubente deverá provar nascimento de filho, ou inexistência de gravidez, na fluência do prazo.*
>
> *Art. 1.524. As causas suspensivas da celebração do casamento podem ser arguidas pelos parentes em linha reta de um dos nubentes, sejam consanguíneos ou afins, e pelos colaterais em segundo grau, sejam também consanguíneos ou afins.*

9.2. CONCEITO

Trata-se de uma tentativa de proteção patrimonial de terceiros, em virtude da realização do casamento alheio.

Obs.: Não se aplicam à união estável, tendo em vista que ordinariamente não se submete ao regime de separação obrigatória.

9.3. EFEITOS

As causas suspensivas são proibições, por isso não geram nulidade, anulabilidade ou inexistência do casamento. Por isso, não podem ser reconhecidas de ofício.

Quando há violação dessas causas, o casamento é VÁLIDO, porém IRREGULAR, impondo-se aos cônjuges uma sanção patrimonial, qual seja, o regime de separação obrigatória de bens.

> *Art. 1.641. É **obrigatório** o regime da separação de bens no casamento:*
> *I - das pessoas que o contraírem com inobservância das **causas suspensivas** da celebração do casamento;*

Salienta-se que se ficar provado, na análise do caso concreto (seja na habilitação ou em ação autônoma), que não houve prejuízo de terceiros, o juiz poderá isentar a aplicação da causa suspensiva e autorizar que os noivos escolham o regime de bens que desejarem.

Por fim, cessada a causa que originou a imposição do regime de separação obrigatória de bens, é possível a alteração do regime de bens.

9.4. LEGITIMIDADE PARA ARGUIÇÃO

As causas suspensivas, por serem de interesse privado, só poderão ser arguidas pelos:

a) Parentes em linha reta, consanguíneos ou afins, de qualquer dos nubentes;

b) Colaterais em segundo grau, consanguíneos (irmãos) ou por afinidade (cunhados).

9.5. HIPÓTESES DE CAUSAS SUSPENSIVAS

1ª Hipótese: Viúvo (a) que tem filho do cônjuge falecido, enquanto não efetuado inventário e partilha.

2ª Hipótese: Viúva ou mulher com casamento nulo ou anulado ou que tenha se desfeito até 10 meses depois.

3ª Hipótese: divorciados, enquanto não fizer a partilha de bens

4ª Hipótese: Tutor, curador (e parentes) com a pessoa assistida enquanto não cessar e não prestadas contas.

10. HABILITAÇÃO PARA O CASAMENTO

10.1. PREVISÃO LEGAL E CONCEITO

Trata-se de um procedimento de natureza administrativa, previsto nos arts. 1.525 a 1532 do CC, com a intervenção obrigatória do Ministério Público, em que se analisará a aptidão (existência de impedimentos) dos nubentes para o casamento.

Art. 1.525. O requerimento de habilitação para o casamento será firmado por ambos os nubentes, de próprio punho, ou, a seu pedido, por procurador, e deve ser instruído com os seguintes documentos:
I - certidão de nascimento ou documento equivalente;
II - autorização por escrito das pessoas sob cuja dependência legal estiverem, ou ato judicial que a supra;
III - declaração de duas testemunhas maiores, parentes ou não, que atestem conhecê-los e afirmem não existir impedimento que os iniba de casar;
IV - declaração do estado civil, do domicílio e da residência atual dos contraentes e de seus pais, se forem conhecidos;
V - certidão de óbito do cônjuge falecido, de sentença declaratória de nulidade ou de anulação de casamento, transitada em julgado, ou do registro da sentença de divórcio.

Art. 1.526. A habilitação será feita pessoalmente perante o oficial do Registro Civil, com a audiência do Ministério Público. (Redação dada pela Lei nº 12.133, de 2009) Vigência
Parágrafo único. Caso haja impugnação do oficial, do Ministério Público ou de terceiro, a habilitação será submetida ao juiz. (Incluído pela Lei nº 12.133, de 2009) Vigência

Art. 1.527. Estando em ordem a documentação, o oficial extrairá o edital, que se afixará durante quinze dias nas circunscrições do Registro Civil de ambos os nubentes, e, obrigatoriamente, se publicará na imprensa local, se houver.
Parágrafo único. A autoridade competente, havendo urgência, poderá dispensar a publicação.

Art. 1.528. É dever do oficial do registro esclarecer os nubentes a respeito dos fatos que podem ocasionar a invalidade do casamento, bem como sobre os diversos regimes de bens.

Art. 1.529. Tanto os impedimentos quanto as causas suspensivas serão opostos em declaração escrita e assinada, instruída com as provas do fato alegado, ou com a indicação do lugar onde possam ser obtidas.

Art. 1.530. O oficial do registro dará aos nubentes ou a seus representantes nota da oposição, indicando os fundamentos, as provas e o nome de quem a ofereceu.
Parágrafo único. Podem os nubentes requerer prazo razoável para fazer prova contrária aos fatos alegados, e promover as ações civis e criminais contra o oponente de má-fé.

Art. 1.531. Cumpridas as formalidades dos arts. 1.526 e 1.527 e verificada a inexistência de fato obstativo, o oficial do registro extrairá o certificado de habilitação.

Art. 1.532. A eficácia da habilitação será de noventa dias, a contar da data em que foi extraído o certificado.

10.2. COMPETÊNCIA

A competência será do Cartório de Registro Civil do domicílio dos noivos. Caso os nubentes

tenham domicílios distintos, ficará ao seu critério escolher em qual será feita a habilitação, devendo haver a publicação dos proclamas em ambos os domicílios.

10.3. PROCEDIMENTO

1º Passo: os nubentes, pessoalmente ou por procurador, irão formular um requerimento que deve ser apresentando com os documentos exigidos por lei, quais sejam:

- Certidão de nascimento ou documento equivalente para provar a idade núbil (16 anos);
- Autorização escrita dos representantes, nos casos de nubentes com idade entre 16 e 18 anos.
- Declaração de duas testemunhas, parentes ou não, maiores e capazes;
- Declaração de estado civil
- Certidão de óbito ou registro de sentença de divórcio

2º Passo: publicação dos proclamas no Cartório e na Imprensa Oficial (onde houver). Lembrando que se os nubentes tiverem domicílio distintos a publicação deve ocorrer em ambos.

A finalidade dos proclamas é dar publicidade ao casamento. O prazo de 15 dias para a impugnação é contado a partir da publicação no cartório.

Em caráter excepcional, o juiz poderá dispensar os proclamas.

3º Passo: audição do Ministério Público.

4º Passo: Havendo impugnação, deve haver deliberação judicial. Caberá recurso.

5º Passo: registro e expedição de certidão de habilitação para o casamento, com validade de 90 dias, sob pena de caducidade.

11. CELEBRAÇÃO DO CASAMENTO

A autoridade deve ter competência material para o casamento.

- No casamento civil, são competentes o juiz de direito e o juiz de paz.
- No casamento religioso com efeitos civis, reconhece-se autoridade ao padre, ao pastor etc.

A incompetência material é absoluta e gera a inexistência do casamento. Já a incompetência territorial (relativa) torna o casamento inválido (anulável), conforme o art. 1.550, V do CC.

> *Art. 1.550. É anulável o casamento:*
> *VI - por incompetência da autoridade celebrante.*

Contemplando o princípio da boa-fé, o art. 1.554 admite, com amparo na Teoria da Aparência, a eficácia do casamento celebrado por pessoa desprovida de competência, de forma

excepcional.

> *Art. 1.554. Subsiste o casamento celebrado por aquele que, sem possuir a competência exigida na lei, exercer publicamente as funções de juiz de casamentos e, nessa qualidade, tiver registrado o ato no Registro Civil.*

A celebração do casamento poderá ser suspensa nos casos em que:

a) Houver recusa na afirmação de vontade;

b) A manifestação de vontade não for livre e espontânea;

c) Houver arrependimento

> ***Art. 1.538**. A celebração do casamento será imediatamente suspensa se algum dos contraentes:*
> *I - recusar a solene afirmação da sua vontade;*
> *II - declarar que esta não é livre e espontânea;*
> *III - manifestar-se arrependido.*
> *Parágrafo único. O nubente que, por algum dos fatos mencionados neste artigo, der causa à suspensão do ato, não será admitido a retratar-se no mesmo dia.*

12. FORMAS ESPECIAIS DE CASAMENTO

12.1. CASAMENTO POR PROCURAÇÃO

O casamento poderá ser realizado por meio de procuração pública com poderes especiais, nos termos do art. 1.542 do CC.

> *Art. 1.542. O casamento pode celebrar-se mediante procuração, por instrumento público, com poderes especiais.*
> *§ 1 º A revogação do mandato não necessita chegar ao conhecimento do mandatário; mas, celebrado o casamento sem que o mandatário ou o outro contraente tivessem ciência da revogação, responderá o mandante por perdas e danos.*
> *§ 2 º O nubente que não estiver em iminente risco de vida poderá fazer-se representar no casamento nuncupativo.*
> *§ 3 º A eficácia do mandato não ultrapassará noventa dias.*
> *§ 4 º Só por instrumento público se poderá revogar o mandato.*

12.2. CASAMENTO NUNCUPATIVO

É o casamento da pessoa que está morrendo, ocorre quando não há tempo de chamar a autoridade celebrante, conforme disposto no art. 1.540, *in verbis*:

> *Art. 1.540. Quando algum dos contraentes estiver em iminente risco de vida, não obtendo a presença da autoridade à qual incumba presidir o ato, nem a de seu substituto, poderá o casamento ser celebrado na presença de seis testemunhas, que com os nubentes não tenham parentesco em linha reta, ou, na colateral, até segundo grau.*

Após a realização do casamento nuncupativo, em até 10 dias da sua realização, as testemunhas devem comparecer perante a autoridade judicial mais próxima.

> *Art. 1.541. Realizado o casamento, devem as testemunhas comparecer perante a autoridade judicial mais próxima, dentro em dez dias, pedindo que lhes tome por termo a declaração de:*
> *I - que foram convocadas por parte do enfermo;*
> *II - que este parecia em perigo de vida, mas em seu juízo;*
> *III - que, em sua presença, declararam os contraentes, livre e espontaneamente, receber-se por marido e mulher.*
> *§ 1 º Autuado o pedido e tomadas as declarações, o juiz procederá às diligências necessárias para verificar se os contraentes podiam ter-se habilitado, na forma ordinária, ouvidos os interessados que o requererem, dentro em quinze dias.*
> *§ 2 º Verificada a idoneidade dos cônjuges para o casamento, assim o decidirá a autoridade competente, com recurso voluntário às partes.*
> *§ 3 º Se da decisão não se tiver recorrido, ou se ela passar em julgado, apesar dos recursos interpostos, o juiz mandará registrá-la no livro do Registro dos Casamentos.*
> *§ 4 º O assento assim lavrado retrotrairá os efeitos do casamento, quanto ao estado dos cônjuges, à data da celebração.*
> *§ 5 º Serão dispensadas as formalidades deste e do artigo antecedente, se o enfermo convalescer e puder ratificar o casamento na presença da autoridade competente e do oficial do registro.*

12.3. CASAMENTO EM CASO DE MOLÉSTIA GRAVE

Não se confunde com o casamento nuncupativo.

Nesta forma especial de casamento, a pessoa está MUITO DOENTE, porém não está no leito de morte. Não se trata de um casamento tão urgente quanto o nuncupativo, por isso será celebrado pela autoridade competente para o ato.

> *Art. 1.539. No caso de moléstia grave de um dos nubentes, o presidente do ato irá celebrá-lo onde se encontrar o impedido, sendo urgente, ainda que à noite, perante duas testemunhas que saibam ler e escrever.*
> *§ 1 º A falta ou impedimento da autoridade competente para presidir o casamento suprir-se-á por qualquer dos seus substitutos legais, e a do oficial do Registro Civil por outro **ad hoc** , nomeado pelo presidente do ato.*
> *§ 2 º O termo avulso, lavrado pelo oficial **ad hoc** , será registrado no respectivo registro dentro em cinco dias, perante duas testemunhas, ficando arquivado.*

13. CASAMENTO PUTATIVO

Trata-se simplesmente de um casamento NULO ou ANULÁVEL cujos efeitos jurídicos são preservados em favor de um ou ambos os cônjuges, conforme a boa-fé dos nubentes, homenageando a teoria da aparência.

> *Art. 1.561. Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória.*
> *§ 1º Se um dos cônjuges estava de boa-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só a ele e aos filhos aproveitarão.*
> *§ 2º Se ambos os cônjuges estavam de má-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só aos filhos aproveitarão.*

Na prática, segundo a doutrina e a jurisprudência brasileiras, reconhecida a putatividade, o cônjuge de boa-fé terá direito de haver de volta os bens que levou ao casamento, além de eventual meação. Além disso, terá direito a alimentos, e, eventualmente, se a morte ocorre antes da sentença de invalidade, direito à herança.

Se os dois estão de boa-fé, o juiz deve resolver o problema da putatividade como se estivesse dissolvendo a sociedade via separação judicial.

14. PLANOS JURÍDICOS DO CASAMENTO

O casamento, como negócio jurídico que é, sujeita-se aos planos da existência, validade e eficácia. A seguir iremos analisar cada um deles.

14.1. PLANO DA EXISTÊNCIA

No plano da existência, verifica-se se o casamento foi celebrado por autoridade materialmente competente e se houve manifestação recíproca de vontade dos nubentes.

A falta de qualquer dos dois requisitos não é causa de nulidade ou anulabilidade do casamento, mas sim de sua inexistência.

14.2. PLANO DA VALIDADE: CAUSAS DE NULIDADE

Atualmente, a única causa de nulidade do casamente é a presença de impedimento, nos termos do art. 1.548 do CC.

Como já estudamos os impedimentos, apenas para relembrar:

- São impedimentos (art. 1.521):

- Ascendentes com descendentes;

- Afins em linha reta;

- Adotante com ex-cônjuge do adotado e vice versa;

- Irmãos e demais colaterais até 3º grau;

- Adotado com filho do adotante (irmãos?);

- Pessoas casadas;

- Do sobrevivente com pessoa condenada por homicídio ou tentativa contra o seu consorte.

14.3. PLANO DA VALIDADE: CAUSAS DE ANULABILIDADE

O casamento será anulável quando presente uma das hipóteses do art. 1.550 do CC. Observe:

> *Art. 1.550. É anulável o casamento:*
> *I - de quem não completou a idade mínima para casar;*
> *II - do menor em idade núbil, quando não autorizado por seu representante legal;*
> *III - por vício da vontade, nos termos dos arts. 1.556 a 1.558 ;*
> *IV - do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento;*
> *V - realizado pelo mandatário, sem que ele ou o outro contraente soubesse da revogação do mandato, e não sobrevindo coabitação entre os cônjuges;*
> *VI - por incompetência da autoridade celebrante.*
> *§ 1º. Equipara-se à revogação a invalidade do mandato judicialmente decretada.*
> *§ 2º A pessoa com deficiência mental ou intelectual em idade núbia poderá contrair matrimônio, expressando sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável ou curado*

Salienta-se que o casamento anulável admite convalidação. Produz efeitos até que sobrevenha a decisão judicial, que será proferia em uma ação anulatória, ajuizada pelo interessado (não pode ser reconhecida de ofício e não pode ser suscitada pelo MP).

Há diferentes prazos decadenciais para a propositura da ação anulatória, a depender do motivo que lhe deu causa, nos termos do art. 1.560 do CC.

Observe:

- Defeito de idade (inciso I) – 180 dias;
- Falta de consentimento (inciso II) – 180 dias;
- Erro essencial (inciso III) – 3 anos;
- Coação (inciso III) – 4 anos;
- Incapacidade relativa por causa psíquica (inciso IV) – 180 dias
- Revogação de mandato (inciso V) – 180 dias
- Incompetência da autoridade celebrante (inciso V) – 2 anos

Além disso, nos arts. 1.556 a 1.558 do CC encontram-se as causas de anulabilidade di casamento por vícios na vontade.

> *Art. 1.556. O casamento pode ser ANULADO por vício da vontade, se houve por parte de um dos nubentes, ao consentir, erro essencial quanto à pessoa do outro.*

1) Erro essencial sobre a pessoa, poderá ser:

- Sobre a honra e boa fama, tornando a vida insuportável;

- Sobre crime cometido ANTERIOR ao casamento, tornando a vida insuportável;

- Sobre defeito físico/moléstia grave ANTERIOR ao casamento;

> *Art. 1.557. Considera-se ERRO ESSENCIAL sobre a pessoa do outro cônjuge:*
> *I - o que diz respeito à sua identidade, sua honra e boa fama, sendo esse erro tal que o seu conhecimento ulterior torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado;*
> *II - a ignorância de crime, ANTERIOR ao casamento, que, por sua natureza, torne insuportável a vida conjugal;* Não necessita de trânsito em julgado da sentença criminal.
> *III - a ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico irremediável que não caracterize deficiência ou de moléstia grave e transmissível, por contágio ou por herança, capaz de pôr em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)*

Pontue-se que a Lei 13.146/2015 incluiu a exceção destacada, a respeito da pessoa com deficiência, não cabendo a anulação do casamento em casos tais.

Atente-se que foi revogado pela Lei 13.146/2015 o antigo inciso IV do art. 1.557 que mencionava a ignorância, anterior ao casamento, de doença mental grave que, por sua natureza, tornasse insuportável a vida em comum. Eram exemplos aqui antes referidos: a esquizofrenia, a psicopatia, a psicose, a paranoia, entre outros. Era apontada a desnecessidade de a pessoa estar interditada, no sistema anterior à revogação. Agora, reafirme-se, o casamento das pessoas citadas será válido, o que visa a sua plena inclusão social, especialmente para os atos existenciais familiares, objetivo primordial do Estatuto da Pessoa com Deficiência (art. 6.º).

2) Coação.

> *Art. 1.558. É anulável o casamento em virtude de COAÇÃO, quando o consentimento de um ou de ambos os cônjuges houver sido captado mediante fundado temor de mal considerável e iminente para a vida, a saúde e a honra, sua ou de seus familiares.*

Trata-se da coação moral, o temor reverencial não é coação.

14.3.1. Legitimidade para a ação de anulação

No caso do menor SEM idade núbil: do cônjuge menor (até 180 dias depois de alcançada a idade núbil), representantes e ascendentes (180 dias do casamento para ambos).

No caso do menor COM idade núbil: cônjuge menor (180 dias depois de alcançar a maior idade), representantes (180 dias após o casamento) e herdeiros necessários (180 dias após o óbito).

Nos demais casos é o próprio cônjuge. Vejamos ainda ao art. 1.559 em caso de erro ou coação.

Art. 1.559. Somente o cônjuge que incidiu em erro, ou sofreu coação (ou seja, nas hipóteses de VÍCIO NA VONTADE), pode demandar a anulação do casamento; mas a coabitação, havendo ciência do vício, valida o ato, ressalvadas as hipóteses dos incisos III e IV do art. 1.557 (defeito físico/moléstia grave ou doença mental anterior). Lembrar que o IV foi revogado.

14.4. PLANO DA EFICÁCIA

No plano da eficácia encontram-se as causas suspensivas do casamento (já estudas) e os deveres matrimoniais (veremos abaixo).

14.5. CASAMENTO NULO x CASAMENTO ANULÁVEL

Observe as diferenças entre o casamento nulo e o casamento anulável, a tabela foi retirada do Manual de Direito Civil, Volume Único, dos autores Cristiano Chaves, Nelson Rosenvald e Felipe Braga Netto.

CASAMENTO NULO	CASAMENTO ANULÁVEL
Fundamenta-se em razões de ordem pública	Fundamenta-se em razões de ordem privada
Pode ser declarada de ofício pelo juiz, a requerimento do MP ou de qualquer interessado	Somente poderá ser invocada por aquele a quem aproveite, não podendo ser reconhecida de ofício
Não pode ser confirmada	É suscetível de confirmação ou de redução
Não convalesce pelo passar do tempo	Submete-se a prazos decadenciais
Não produz efeitos	Produz efeitos, enquanto não for anulado
Reconhecido através de ação meramente declaratória	Reconhecido através de ação desconstitutiva, sujeita a prazo decadencial
Admite conversão substancial	Admite sanação pelas próprias partes

15. EFEITOS JURÍDICOS DO CASAMENTO

O casamento possui múltiplos efeitos: patrimoniais (veremos na análise do regime de bens), pessoais e sociais.

15.1. EFEITOS PESSOAIS

São considerados efeitos pessoais do casamento:

a) Estabelecimento de uma comunhão de vida (CC 1.511)

Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

b) Fixação do domicílio conjugal (CC 1.569)

> *Art. 1.569. O domicílio do casal será escolhido por ambos os cônjuges, mas um e outro podem ausentar-se do domicílio conjugal para atender a encargos públicos, ao exercício de sua profissão, ou a interesses particulares relevantes.*

c) Contribuição proporcional para a manutenção do lar conjugal, independentemente do regime de bens (CC 1.568)

> *Art. 1.568. Os cônjuges são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos do trabalho, para o sustento da família e a educação dos filhos, qualquer que seja o regime patrimonial.*

d) Exercício conjunto da direção da sociedade conjugal (em caso de divergência, deliberação judicial)

e) Possibilidade de acréscimo de sobrenome (facultatividade)

f) Imposição de deveres recíprocos (fidelidade, coabitação, assistência recíproca, guarda, sustento e educação da prole, respeito e consideração)

15.2. EFEITOS SOCIAIS

Consideram-se efeitos sociais do casamento:

a) Constituição de uma entidade familiar

b) Emancipação do cônjuge incapaz (sem retorno ao status quo ante, no caso de dissolução do casamento)

c) Presunção de paternidade dos filhos nascidos na constância do casamento (presunção *pater is est* – CC 1.597)

> *Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:*
> *I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;*
> *II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;*
> *III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;*
> *IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;*
> *V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.*

d) Mudança do estado civil

e) Estabelecimento do parentesco por afinidade entre cada cônjuge e os parentes do outro (CC 1.595)

> *Art. 1.595. Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade.*
> *§ 1º O parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro.*
> *§ 2º Na linha reta, a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável.*

16. DEVERES DO CASAMENTO

Encontram-se previstos nos arts. 1.565 e 1.566 do CC.

> *Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.*
> *§ 1 º Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescer ao seu o sobrenome do outro.*
> *§ 2 º O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.*
> *Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:*
> *I - fidelidade recíproca;*
> *II - vida em comum, no domicílio conjugal;*
> *III - mútua assistência;*
> *IV - sustento, guarda e educação dos filhos;*
> *V - respeito e consideração mútuos.*

17. REGIME DE BENS

17.1. CONCEITO

Trata-se do estatuto patrimonial do casamento, regido pelos princípios da liberdade de escolha, da variabilidade (não existe regime único) e da mutabilidade (o regime pode ser modificado no curso do casamento).

> *Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.*
> *§ 1 º O regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento.*
> *§ 2 º 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.*

Os nubentes fazem a escolha do regime de bens por meio de um contrato solene, lavrado em registro público, denominado “pacto antenupcial”. Desde 1977, e ainda hoje, nos termos do art. 1.640 do CC, o regime legal supletivo é o da comunhão parcial de bens.

> *Art. 1.640. Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial.*
> *Parágrafo único. Poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes que este código regula. Quanto à forma, reduzir-se-á a termo a opção pela comunhão parcial, fazendo-se o pacto antenupcial por escritura pública, nas demais escolhas.*

17.2. REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS

As hipóteses de separação obrigatórias de bens estão previstas no art. 1.641, e se referem apenas ao casamento.

Art. 1.641. É OBRIGATÓRIO o regime da separação de bens no casamento:
I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;
II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.344, de 2010). Até meados de 2010 a idade era sessenta anos. Doutrina entende ser inconstitucional
III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

Quanto à hipótese do inciso III, para evitar as inconveniências do regime de separação obrigatória, bem como o enriquecimento sem causa de uma das partes, o STF editou a súmula 377, que assim dispõe:

STF Súmula 377 No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.

Essa súmula traz para a separação obrigatória um princípio da comunhão parcial, mas não identifica os regimes.

OBS: A contribuição do cônjuge, para efeito de meação, no âmbito desta súmula, pode ser indireta ou psicológica, não precisa ser contribuição econômica.

17.3. REGIME DE PARTICIPAÇÃO FINAL DOS AQUESTOS

Segundo este regime, durante o casamento, cada cônjuge preserva o seu patrimônio próprio e exclusivo, cabendo, todavia, à época da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal (veja: somente pelo esforço mútuo) a título oneroso (art. 1.672).

Art. 1.672. No regime de participação final nos aquestos, cada cônjuge possui patrimônio próprio, consoante disposto no artigo seguinte, e lhe cabe, à época da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento.

Art. 1.673. Integram o patrimônio próprio os bens que cada cônjuge possuía ao casar e os por ele adquiridos, a qualquer título, na constância do casamento.
Parágrafo único. A administração desses bens é exclusiva de cada cônjuge, que os poderá livremente alienar, se forem móveis.

Difere da comunhão parcial, onde TODOS os bens adquiridos onerosamente depois do casamento (não necessariamente adquiridos pelo esforço dos dois) são amealhados.

s:

Art. 1.674. Sobrevindo a dissolução da sociedade conjugal, apurar-se-á o montante dos aquestos, excluindo-se da soma dos patrimônios próprios:
I - os bens anteriores ao casamento e os que em seu lugar se sub-rogaram;
II - os que sobrevieram a cada cônjuge por sucessão ou liberalidade;
III - as dívidas relativas a esses bens.
Parágrafo único. Salvo prova em contrário, presumem-se adquiridos durante o casamento os bens móveis.

Art. 1.675. Ao determinar-se o montante dos aquestos, computar-se-á o valor

das doações feitas por um dos cônjuges, sem a necessária autorização do outro; nesse caso, o bem poderá ser reivindicado pelo cônjuge prejudicado ou por seus herdeiros, ou declarado no monte partilhável, por valor equivalente ao da época da dissolução.

Art. 1.676. Incorpora-se ao monte o valor dos bens alienados em detrimento da meação, se não houver preferência do cônjuge lesado, ou de seus herdeiros, de os reivindicar.

Art. 1.677. Pelas dívidas posteriores ao casamento, contraídas por um dos cônjuges, somente este responderá, salvo prova de terem revertido, parcial ou totalmente, em benefício do outro.

Art. 1.678. Se um dos cônjuges solveu uma dívida do outro com bens do seu patrimônio, o valor do pagamento deve ser atualizado e imputado, na data da dissolução, à meação do outro cônjuge.

Art. 1.679. No caso de bens adquiridos pelo trabalho conjunto, terá cada um dos cônjuges uma quota igual no condomínio ou no crédito por aquele modo estabelecido.

Art. 1.680. As coisas móveis, em face de terceiros, presumem-se do domínio do cônjuge devedor, salvo se o bem for de uso pessoal do outro.

Art. 1.681. Os bens imóveis são de propriedade do cônjuge cujo nome constar no registro.
Parágrafo único. Impugnada a titularidade, caberá ao cônjuge proprietário provar a aquisição regular dos bens.

Art. 1.682. O direito à meação não é renunciável, cessível ou penhorável na vigência do regime matrimonial.

Art. 1.683. Na dissolução do regime de bens por separação judicial ou por divórcio, verificar-se-á o montante dos aquestos à data em que cessou a convivência.

Art. 1.684. Se não for possível nem conveniente a divisão de todos os bens em natureza, calcular-se-á o valor de alguns ou de todos para reposição em dinheiro ao cônjuge não-proprietário.
Parágrafo único. Não se podendo realizar a reposição em dinheiro, serão avaliados e, mediante autorização judicial, alienados tantos bens quantos bastarem.

Art. 1.685. Na dissolução da sociedade conjugal por morte, verificar-se-á a meação do cônjuge sobrevivente de conformidade com os artigos antecedentes, deferindo-se a herança aos herdeiros na forma estabelecida neste Código.

Art. 1.686. As dívidas de um dos cônjuges, quando superiores à sua meação, não obrigam ao outro, ou a seus herdeiros.

17.4. REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL DE BENS

Na comunhão parcial, disciplinada a partir do art. 1.658, regra geral é no sentido de preservar

o patrimônio anterior dos cônjuges, cabendo direito de meação quanto aos bens adquiridos onerosamente POR UM OU AMBOS os cônjuges na constância do casamento (perceber que na divisão final de aquestos, os bens devem ser adquiridos onerosamente pelo esforço comum).

> *Art. 1.658. No regime de comunhão parcial, comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento, com as exceções dos artigos seguintes.*

Se o bem for adquirido com dinheiro anterior ao casamento, o bem não é amealhado.

> *Art. 1.659. Excluem-se da comunhão:*
> *I - os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar;*
> *II - os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares;*
> *III - as obrigações anteriores ao casamento;*
> *IV - as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal;*
> *V - os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão;*
> *VI - os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge;*
> *VII - as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.*
> *Art. 1.660. Entram na comunhão:*
> *I - os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges;*
> *II - os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior;*
> *III - os bens adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges;*
> *IV - as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge;*
> *V - os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão.*
>
> *Art. 1.661. São incomunicáveis os bens cuja aquisição tiver por título uma causa anterior ao casamento.*
>
> *Art. 1.662. No regime da comunhão parcial, presumem-se adquiridos na constância do casamento os bens móveis, quando não se provar que o foram em data anterior.*
>
> *Art. 1.663. A administração do patrimônio comum compete a qualquer dos cônjuges.*
> *§ 1º As dívidas contraídas no exercício da administração obrigam os bens comuns e particulares do cônjuge que os administra, e os do outro na razão do proveito que houver auferido.*

§ 2º A anuência de ambos os cônjuges é necessária para os atos, a título gratuito, que impliquem cessão do uso ou gozo dos bens comuns.
§ 3º Em caso de malversação dos bens, o juiz poderá atribuir a administração a apenas um dos cônjuges.

Art. 1.664. Os bens da comunhão respondem pelas obrigações contraídas pelo marido ou pela mulher para atender aos encargos da família, às despesas de administração e às decorrentes de imposição legal.

Art. 1.665. A administração e a disposição dos bens constitutivos do patrimônio particular competem ao cônjuge proprietário, salvo convenção diversa em pacto antenupcial.

Art. 1.666. As dívidas, contraídas por qualquer dos cônjuges na administração de seus bens particulares e em benefício destes, não obrigam os bens comuns.

17.5. REGIME DE COMUNHÃO TOTAL DE BENS

No regime da comunhão universal, nos termos dos arts. 1.667 e seguintes, opera-se uma fusão tanto do patrimônio anterior ao casamento como do patrimônio posterior ao casamento, inclusive, na forma da lei, as respectivas dívidas de cada um.

Art. 1.667. O regime de comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, com as exceções do artigo seguinte.

Art. 1.668. São excluídos da comunhão:
I - os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar;
II - os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva;
III - as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum;
IV - as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade;
V - Os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659 .

Art. 1.669. A incomunicabilidade dos bens enumerados no artigo antecedente não se estende aos frutos, quando se percebam ou vençam durante o casamento.

Art. 1.670. Aplica-se ao regime da comunhão universal o disposto no Capítulo antecedente, quanto à administração dos bens.

Art. 1.671. Extinta a comunhão, e efetuada a divisão do ativo e do passivo, cessará a responsabilidade de cada um dos cônjuges para com os credores do outro.

17.6. REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS

Neste regime, mediante escolha no pacto antenupcial, as partes mantêm a exclusividade do seu patrimônio e de sua administração ao longo do casamento.

Está previsto nos arts. 1.687 e 1.688.

> *Art. 1.687. Estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real.*
>
> *Art. 1.688. Ambos os cônjuges são obrigados a contribuir para as despesas do casal na proporção dos rendimentos de seu trabalho e de seus bens, salvo estipulação em contrário no pacto antenupcial.*

17.7. (IM) POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS

No CC/1916, vigorava o princípio da imutabilidade do regime de bens. Em outras palavras, depois de os nubentes terem fixado o regime de bens, não era permitida, em nenhuma hipótese, a sua alteração durante o casamento.

O CC/2002 inovou no tratamento do tema e adotou o princípio da mutabilidade justificada do regime de bens. Assim, atualmente, é possível que os cônjuges decidam alterar o regime de bens que haviam escolhido antes de se casar, sendo necessário, no entanto, que apontem um motivo justificado para isso:

> *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.*

Requisitos para a mudança:

a) pedido motivado de ambos os cônjuges;

b) autorização judicial após análise das razões invocadas;

c) garantia de que terceiros não serão prejudicados em seus direitos.

A sentença que declarar a mudança do regime terá efeitos ex nunc e substituirá o pacto antenupcial, se houver, por intermédio de mandado de averbação ao cartório de Registro Civil para alteração no assento de casamento e ao cartório de Registro de Imóveis do domicílio do casal.

É possível a alteração do regime de bens, mesmo nos matrimônios contraídos ainda sob a égide do CC/1916. (REsp 1119.462-MG, Info 518).

O STJ (REsp 1.904.498-SP - Info 695) entende que no pedido de alteração do regime de bens não se deve exigir dos cônjuges justificativas ou provas exageradas, sobretudo diante do fato de que a decisão que concede a modificação do regime de bens opera efeitos ex nunc. Na sociedade conjugal contemporânea, estruturada de acordo com os ditames assentados na Constituição de 1988, devem ser protegidas a vida privada e a intimidade. Assim, em situações

como essa, que envolvem o regime de bens do casal, não se pode tolher indevidamente a liberdade dos cônjuges de escolher a melhor forma de condução da vida em comum. Vale ressaltar que a fraude e má-fé não podem ser presumidas. Ao contrário, existe uma presunção de boa-fé que beneficia os consortes.

Por fim, o STJ (REsp 1.947.749-SP, Info 709) entendeu ser possível a alteração do regime de bens diante da cessação da incapacidade civil de um dos cônjuges, que impunha a adoção do regime da separação obrigatória de bens sob a égide do Código Civil de 1916.

DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL

1. EVOLUÇÃO HISTÓRIA

Durante a vigência do Código Civil de 1916, em um primeiro momento (até 1977), vigorou o sistema da indissolubilidade do casamento.

O divórcio foi implementado pela Emenda Constitucional 09/77 em caráter excepcional, tendo em vista que cada pessoa poderia divorciar-se apenas uma vez e eram necessários 5 anos de separação.

Em 1988, o art. 226, §6º da CF adotou o princípio da facilitação do divórcio, o prazo de 5 anos foi reduzido para 2 anos (1 ano prévia separação judicial) e não havia mais limites de divórcios.

Por fim, a EC 66/2010 acabou com o prazo, permitindo o divórcio sem prazo.

2. SISTEMA DUALISTA DE DISSOLUÇÃO

2.1. DEFINIÇÃO

O Direito Brasileiro apresentava um sistema binário/dualista de formas dissolutivas do casamento, composto por CAUSAS TERMINATIVAS e CAUSAS DISSOLUTIVAS PROPRIAMENTE DITAS, nos termos do 1.571 do CC, *in verbis*:

> *CC Art. 1.571. A sociedade conjugal TERMINA (causas terminativas):*
> *I - pela morte de um dos cônjuges (é uma causa dissolutiva também);*
> *II - pela nulidade ou anulação do casamento (é rigorosamente uma causa desconstitutiva);*
> *III - pela separação judicial (ou em cartório – Lei 11.441/07); (terminativa propriamente dita)*
> *IV - pelo divórcio (é uma causa dissolutiva também).*
> *§ 1º O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, aplicando-se a presunção estabelecida neste Código quanto ao ausente.*
> *§ 2o Dissolvido o casamento pelo divórcio direto ou por conversão, o cônjuge poderá manter o nome de casado; salvo, no segundo caso, dispondo em contrário a sentença de separação judicial.*

2.2. CAUSAS TERMINATIVAS

Atacam apenas a sociedade conjugal, colocando fim ao regime de bens e aos deveres conjugais recíprocos (fidelidade, coabitação etc. - art. 1.566).

OBS: o único dever que se mantém é a assistência recíproca. Esse dever só é atacado pelas causas dissolutivas. É exatamente por isso que, mesmo depois da separação, é possível fixar pensão alimentícia.

Quatro são as causas TERMINATIVAS (que fulminam com a sociedade conjugal):

a) Separação; (terminativa propriamente dita);

b) Divórcio; (também é dissolutiva);

c) Morte ou declaração de ausência; (também é dissolutiva);

d) Anulação ou nulidade do casamento (desconstitutiva).

Das quatro causas terminativas, duas também são dissolutivas (divórcio e morte), enquanto outra é, na realidade, desconstitutiva do casamento (anulação/nulidade, que fulminam o casamento por motivo anterior a sua celebração, de forma a retornar ao 'status quo ante'). Com efeito, existe apenas uma causa terminativa propriamente dita (encerrava a sociedade sem encerrar o vínculo), qual seja, a separação.

Exatamente por isso que a separação é a única das causas que não permite a celebração de novas núpcias. Em havendo reconciliação do casal, a sociedade conjugal poderá ser reativada por mera petição dirigida ao juiz.

2.3. CAUSAS DISSOLUTIVAS

Atacam não apenas a sociedade conjugal, mas também aniquilam o casamento (vínculo matrimonial).

a) Divórcio;

b) Morte ou declaração de ausência.

3. QUESTÕES CONTROVERTIDAS

3.1. EC 66/2010 E A (IN) EXISTÊNCIA DA SEPARAÇÃO

Com o advento da EC 66/2010, parcela da doutrina civilista passou a sustentar que o ordenamento jurídico brasileiro havia abolido a separação. Em 2015, o art. 693 do Novo Código de Processo Civil expressamente previu que as normas contidas no Código seriam aplicadas à separação.

O STF, no Recurso Extraordinário (RE 1.167.478), pendente de julgamento, irá analisar se a separação judicial é requisito para o divórcio e se ela se mantém como instituto autônomo. Observe a notícia sobre o assunto disponibilizada pelo site do STF:

O Supremo Tribunal Federal (STF) irá analisar se, após a Emenda Constitucional (EC) 66/2010, a separação judicial é requisito para o divórcio e se ela se mantém como instituto autônomo no ordenamento jurídico brasileiro. Em votação unânime, o Plenário Virtual da Corte reconheceu a existência de repercussão geral da matéria discutida no Recurso Extraordinário (RE) 1167478. A emenda alterou a redação do artigo 226, parágrafo 6º, da Constituição Federal para estabelecer que o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. A redação anterior dizia que o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio após prévia separação judicial por mais de um ano ou se comprovada separação de fato por mais de dois anos. O RE foi interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJ-RJ), segundo o qual a EC 66/2010 afastou a exigência prévia da separação de fato ou judicial para o pedido de divórcio. Ao manter a sentença, o TJ-RJ entendeu que, com a mudança na Constituição, se um dos cônjuges manifestar a vontade de romper o vínculo conjugal, o outro nada pode fazer para impedir o divórcio. No Supremo, um dos cônjuges alega que o artigo 226, parágrafo 6º, da Constituição apenas tratou do divórcio, mas seu exercício foi regulamentado pelo Código Civil, que prevê a separação judicial prévia. Sustenta que seria equivocado o fundamento de que o artigo 226 tem aplicabilidade imediata, com a desnecessária edição ou observância de qualquer outra norma infraconstitucional. Em contrarrazões, a outra parte defende a inexigibilidade da separação judicial após a alteração constitucional. Portanto, seguindo seu entendimento, não haveria qualquer nulidade na sentença que declarou o divórcio.

***Manifestação:** O relator da matéria, ministro Luiz Fux, manifestou-se pela existência de repercussão geral da questão constitucional, ao considerar que a discussão transcende os limites subjetivos da causa e afeta diversos casos semelhantes. Segundo ele, a alteração constitucional deu origem a várias interpretações na doutrina e a posicionamentos conflitantes no Poder Judiciário sobre a manutenção da separação judicial no ordenamento jurídico e a exigência de observar prazo para o divórcio. Em sua manifestação, o relator citou jurisprudência de diferentes tribunais do país, entre eles o Superior Tribunal de Justiça (STJ), que assenta a coexistência dos dois institutos de forma autônoma e independente, e precedentes que declaram a insubsistência da separação judicial. O RE, que tramita em segredo de justiça, será submetido a posterior julgamento pelo Plenário físico do STF.*

3.2. MORTE PRESUMIDA

3.2.1. Com declaração de ausência

O §1º do art. 1.571 do CC prevê que declaração de ausência também é causa terminativa e dissolutiva do casamento.

Art. 1.571, § 1º O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, aplicando-se a presunção estabelecida neste Código quanto ao ausente.

Importante consignar que o procedimento para declaração de ausência é trifásico. Vejamos:

1ª FASE	2ª FASE	3ª FASE

Declara-se a ausência, os bens do ausente passam para curadoria	Sucessão provisória	Sucessão definitiva
Por no mínimo 01 ano	Por no mínimo 01 ano ou 3 anos	Por no mínimo 10 anos

A doutrina majoritária aplica a disposição do art. 6º, afirmando que o casamento somente se dissolve na abertura da sucessão definitiva.

3.2.2. Sem declaração de ausência

O casamento também se dissolve com a morte presumida (tanto a COM ausência como a SEM ausência). A morte presumida SEM ausência é prevista no art. 7º do CC.

> *CC Art. 7º Pode ser declarada a morte presumida, SEM decretação de ausência:*
> *I - se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida;*
> *II - se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra.*
> *Parágrafo único. A declaração da morte presumida, nesses casos, somente poderá ser requerida depois de esgotadas as buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data provável do falecimento.*

Esse artigo precisa ser harmonizado com o art. 88 da Lei de Registros Públicos.

> *LRP Art. 88. Poderão os Juízes togados admitir justificação para o assento de óbito de pessoas desaparecidas em naufrágio, inundação, incêndio, terremoto ou qualquer outra catástrofe, quando estiver provada a sua presença no local do desastre e não for possível encontrar-se o cadáver para exame.*

A morte presumida sem ausência produz TODOS os efeitos da morte real. Dessa forma, a partir da decisão do juiz estará desfeito o vínculo conjugal.

4. SEPARAÇÃO DE FATO

4.1. CONCEITO

A separação de fato é uma situação não jurídica. Trata-se de um estado de ânimo das partes que optam pela ruptura da convivência.

Embora fática, a separação de fato produz vários efeitos JURÍDICOS.

Nas palavras do Ministro Moura Ribeiro: "*Separação de fato, singelamente, deve ser entendido como a livre decisão dos cônjuges em pôr fim à sociedade conjugal, sem recurso aos meios legais. Ela põe fim aos direitos, deveres e efeitos do casamento, mas os cônjuges permanecem no estado civil de casados*"

4.2. EFEITOS DA SEPARAÇÃO DE FATO

4.2.1. Permissão para caracterização da união estável

A pessoa casada, embora separada de fato, pode constituir união estável, nos termos do art. 1.723, §1º.

> *CC Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.*
> *§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar SEPARADA DE FATO OU JUDICIALMENTE.*

Lembre-se que o impedimento matrimonial estará caracterizado.

> *Art. 1.521. Não podem casar:*
> *...*
> *VI - as pessoas casadas;*

4.2.2. Cessação do regime de bens

O STJ, no Resp. 555.771, definiu que a separação de fato põe fim ao regime de bens. A polêmica existe, pois, essa interpretação contraria a redação do art. 1.642, V do CC, *in verbis*:

> *CC Art. 1.642. Qualquer que seja o regime de bens, tanto o marido quanto a mulher podem livremente*
> *...*
> *V - reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo outro cônjuge ao concubino, desde que provado que os bens não foram adquiridos pelo esforço comum destes, se o casal estiver separado de fato por mais de cinco anos;*

Perceba que o dispositivo legal determina a cessação do regime somente ocorre após 5 anos. Não há sentido que com o fim da colaboração recíproca, após a separação de fato, ainda vigore o regime de bens, seria caso de enriquecimento ilícito, o que é vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

> *STJ: "não faz jus à meação de bens havidos pelo marido na qualidade de irmão o cônjuge que se encontrava separado de fato quando transmitida a herança. Tal fato ocasionaria enriquecimento sem causa, porquanto o patrimônio foi adquirido individualmente, sem qualquer colaboração do cônjuge".*

Salienta-se que tal entendimento não é aplicado à sub-rogação.

4.2.3. Perda do direito sucessório

O CC prevê que, mesmo que haja separação de fato há mais de 02 anos quando da abertura da sucessão, o cônjuge sobrevivente terá direito à herança, desde que prove que a culpa da separação foi do outro cônjuge, ou seja, do morto. É a chamada CULPA MORTUÁRIA ou CULPA FUNERÁRIA (culpa do morto).

> *CC Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato HÁ MAIS DE DOIS ANOS, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.*

- REGRA: Se a pessoa morrer e for casada, o cônjuge terá direito à herança. O cônjuge é herdeiro necessário (art. 1.845 do CC).

- EXCEÇÃO: O cônjuge não será herdeiro se, quando houve a morte, o casal estava separado há mais de dois anos, nos termos do art. 1.830 do CC:

Para melhor compreensão, importante analisarmos o art. 1.830 de forma detalhada.

- Regra 1: o cônjuge sobrevivente (viúvo/viúva) tem direito sucessório.

- Regra 2: o cônjuge sobrevivente (viúvo/viúva) não terá direito sucessório se, quando estava separado judicialmente ou divorciado.

- Regra 3: o cônjuge sobrevivente não terá direito sucessório se, quando estava separado de fato há mais de dois anos.

- Exceção à regra 3: o cônjuge sobrevivente, mesmo estando separado de fato há mais de dois anos no momento da morte, continuará tendo direito sucessório se ele (cônjuge sobrevivente) não teve culpa pela separação de fato.

O art. 1.830 do CC fala em "culpa" e a doutrina brasileira possui ojeriza (aversão) à culpa nas relações familiares. Diante disso, indaga-se: esse dispositivo continua válido e sendo aplicável pela jurisprudência? SIM. Ocorrendo a morte de um dos cônjuges após dois anos da separação de fato do casal, é legalmente relevante, para fins sucessórios, a discussão da culpa do cônjuge sobrevivente pela ruptura da vida em comum. Assim, o STJ continua aplicando o art. 1.830 do CC, que permanece válido.

Como já dito, esse dispositivo é amplamente criticado pela doutrina brasileira, principalmente, no que diz respeito à possibilidade de discussão de culpa como requisito para se determinar a exclusão ou não do cônjuge sobrevivente da ordem de vocação hereditária.

Apesar disso, o STJ considerou que não há que se falar em ilegalidade ou impertinência da discussão da culpa no vigente direito sucessório, devendo ser mantida a aplicação do art. 1.830 do CC para os casos em que ele regular.

> *REsp 1.513.252-SP Ocorrendo a morte de um dos cônjuges após dois anos da separação de fato do casal, é legalmente relevante, para fins sucessórios, a discussão da culpa do cônjuge sobrevivente pela ruptura da vida em comum, cabendo a ele o ônus de comprovar que a convivência do casal se tornara impossível sem a sua culpa. (Info 573).*

4.2.4. Sub-rogação locatícia

Quando um dos cônjuges, durante o casamento, celebra contrato de locação e, após a separação sai do imóvel, o cônjuge que permaneceu no imóvel sub-roga-se no contrato locatício.

> *Lei de Locações - Art. 12. Em casos de separação de fato, separação judicial, divórcio ou dissolução da união estável, a locação residencial prosseguirá automaticamente com o cônjuge ou companheiro que permanecer no imóvel*

Vale ressaltar que esse art. 12 só é aplicável quando o locatário original - aquele que assina

o contrato - se retira do imóvel, nele deixando o cônjuge ou o companheiro que não figurava no pacto. Assim, se o "contrato foi celebrado com o cônjuge ou companheiro que, após a separação, permanecer no imóvel, o dispositivo é ineficaz, pois não haverá qualquer repercussão do fato sobre a relação de locação, que permanecerá íntegra.

Importante consignar que o fiador precisa ser informado (art. 12, §1º) e que poderá se exonerar da obrigação assumida (art. 12, §2º).

> *Art. 12 (...)*
> *§ 1º Nas hipóteses previstas neste artigo e no art. 11, a sub-rogação será comunicada por escrito ao locador e ao fiador, se esta for a modalidade de garantia locatícia.*
> *§ 2º O fiador poderá exonerar-se das suas responsabilidades no prazo de 30 (trinta) dias contado do recebimento da comunicação oferecida pelo sub-rogado, ficando responsável pelos efeitos da fiança durante 120 (cento e vinte) dias após a notificação ao locador.*

Salienta-se que o STJ (Info 660) entendeu que o prazo para o fiador se exonerar da fiança inicia-se do efetivo conhecimento da sublocação, ainda que a ciência não ocorra pela comunicação do locatário sub-rogado.

4.2.5. Contagem do prazo para usucapião conjugal

Observe a redação do art. 1.240-A do CC:

> *Art. 1.240-A. Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. (Incluído pela Lei nº 12.424, de 2011)*
> *§ 1 º O direito previsto no caput não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.*

5. SEPARAÇÃO DE CORPOS

A separação de corpos é uma medida judicial que tem por escopo a saída ou a retirada de um dos cônjuges do lar conjugal, por autorização judicial, espontânea ou compulsoriamente. Essa medida estava prevista expressamente no art. 888, inciso VI do antigo CPC, segundo o qual o juiz poderá ordenar ou autorizar, na pendência da ação principal, ou, antes de sua propositura, o afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal.

O CPC 2015 não prevê, expressamente, a separação de corpos, mas unificou os procedimentos. A nova legislação regulamentou o que já era praticado em diversas varas de família. Assim, basta entrar com a ação cautelar de separação de corpos e, no prazo de 30 dias, ajuizar, nos mesmos autos, a ação principal de divórcio ou de dissolução de entidade familiar ou outra ação que for mais adequada ao caso concreto. Portanto, não haverá mais duas custas processuais e dois desnecessários processos. Em um único processo discutirá a medida cautelar e a ação principal.

A separação de corpos tem a finalidade de evitar o convívio com o outro cônjuge e poderá acontecer quando um dos dois quiser, e no momento do pedido de divórcio ou de dissolução de união estável. A medida também é utilizada em casos de agressão. Nesta situação, o cônjuge agredido pode pedir para sair do lar conjugal ou a retirada do cônjuge agressor.

6. SEPARAÇÃO DE DIREITO

6.1. CONCEITO

A separação é a antessala do divórcio. É uma medida dissolutiva da SOCIEDADE CONJUGAL, sem comprometimento do VÍNCULO (que se dá pelo divórcio). Em nosso sistema a separação tem caráter transitório, pois o objetivo é sua conversão em divórcio (essa é a vontade do sistema).

> *Art. 1.575. A sentença de separação judicial importa a separação de corpos e a partilha de bens.*
> *Parágrafo único. A partilha de bens poderá ser feita mediante proposta dos cônjuges e homologada pelo juiz ou por este decidida.*
> *Art. 1.576. A separação judicial põe termo aos deveres de coabitação e fidelidade recíproca e ao regime de bens.*
> *Parágrafo único. O procedimento judicial da separação caberá somente aos cônjuges, e, no caso de incapacidade, serão representados pelo curador, pelo ascendente ou pelo irmão.*

Se as partes separadas quiserem retomar a vida conjugal, podem fazê-lo por mera petição dirigida ao juiz. Ou seja, as partes não precisam casar-se de novo. Seria essa a vantagem da separação.

> *Art. 1.577. Seja qual for a causa da separação judicial e o modo como esta se faça, é lícito aos cônjuges restabelecer, a todo tempo, a sociedade conjugal, por ato regular em juízo.*
> *Parágrafo único. A reconciliação em nada prejudicará o direito de terceiros, adquirido antes e durante o estado de separado, seja qual for o regime de bens.*

6.2. ESPÉCIES DE SEPARAÇÃO

No Brasil, a separação pode se apresentar de 2 formas: ela pode ser LITIGIOSA (art. 1.572) ou CONSENSUAL (art. 1.574).

6.2.1. Separação consensual

A separação consensual, tal como o divórcio, pode ser em CARTÓRIO, se preenchidos alguns requisitos materiais e processuais.

> *Art. 1.574. Dar-se-á a **separação judicial por mútuo consentimento** dos **cônjuges se forem casados por mais de um ano** e o manifestarem perante o juiz, sendo por ele devidamente homologada a convenção.*
> *Parágrafo único. O juiz pode recusar a homologação e não decretar a separação judicial se apurar que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges.*

Requisito material: Estar casado há pelo menos 01 ano (nesse primeiro ano, inclusive, a única separação possível é a baseada na culpa → separação sanção).

Requisitos processuais: Estando em JUÍZO ou em CARTÓRIO (somente quando não tem interesse de incapaz – permissão no CPC) os requisitos processuais são:

a) Assistência por advogado ou defensor público;

b) Acordo sobre a partilha dos bens (que pode ser postergado com base na súmula do STJ);

c) Acordo sobre pensão alimentícia;

d) Acordo sobre o uso do sobrenome.

e) Acordo sobre guarda e visitação dos filhos.

O casal pode se fazer representar por procurador, desde que constituído por escritura pública e com poderes específicos.

> *Art. 733. O divórcio consensual, a separação consensual e a extinção consensual de união estável, não havendo nascituro ou filhos incapazes e observados os requisitos legais, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições de que trata o art. 731.*
>
> *Art. 731. A homologação do divórcio ou da separação consensuais, observados os requisitos legais, poderá ser requerida em petição assinada por ambos os cônjuges, da qual constarão:*
> *I - as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns;*
> *II - as disposições relativas à pensão alimentícia entre os cônjuges;*
> *III - o acordo relativo à guarda dos filhos incapazes e ao regime de visitas; e*
> *IV - o valor da contribuição para criar e educar os filhos.*
> *Parágrafo único. Se os cônjuges não acordarem sobre a partilha dos bens, far-se-á esta depois de homologado o divórcio, na forma estabelecida nos arts. 647 a 658.*

.

Súmula 305 do STF: O acordo é irretratável.

> *STF SÚMULA Nº 305 ACORDO DE ~~DESQUITE~~ (SEPARAÇÃO, DIVÓRCIO OU DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL) RATIFICADO POR AMBOS OS CÔNJUGES NÃO É RETRATÁVEL UNILATERALMENTE.*

6.2.2. Separação litigiosa

A separação litigiosa, por sua vez (sempre judicial), pode ser de 03 formas: separação SANÇÃO (caput), separação FALÊNCIA (§ 1º) ou separação REMÉDIO (§ 2º e §3º).

*Art. 1.572. Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer **ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum**. (separação sanção)*

*Art. 1.573. Podem caracterizar a **impossibilidade da comunhão de vida** a ocorrência de algum dos seguintes motivos:*
I - adultério;
II - tentativa de morte;
III - sevícia ou injúria grave;
IV - abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo;
V - condenação por crime infamante;
VI - conduta desonrosa.
Parágrafo único. O juiz poderá considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum.
§ 1º A separação judicial pode também ser pedida se um dos cônjuges provar ruptura da vida em comum há mais de um ano e a impossibilidade de sua reconstituição. (separação falência)
*§ 2º O cônjuge pode ainda pedir a separação judicial quando o outro estiver **acometido de doença mental grave**, **MANIFESTADA APÓS O CASAMENTO**, que torne impossível a continuação da vida em comum, desde que, **após uma duração de dois anos,** a **enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável**. (separação remédio)*
§ 3º No caso do parágrafo 2º, reverterão ao cônjuge enfermo, que não houver pedido a separação judicial, os remanescentes dos bens que levou para o casamento, e se o regime dos bens adotado o permitir, a meação dos adquiridos na constância da sociedade conjugal.

a) Separação sanção

Art. 1.572. Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum. (separação sanção)

Causa de pedir → CULPA = violação de dever do casamento (critério objetivo) ou conduta desonrosa (critério subjetivo)

Não depende de prazo.

O art. 1.573 prevê que o rol das hipóteses de culpa é exemplificativo, já que o juiz poderá considerar outros fatos, não fica subordinado às hipóteses legais.

Art. 1.573. Podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos:
I - adultério;
II - tentativa de morte;
III - sevícia ou injúria grave;
IV - abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo;
V - condenação por crime infamante;
VI - conduta desonrosa.
Parágrafo único. O juiz poderá considerar OUTROS FATOS que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum.

O CC só prevê DOIS EFEITOS para o reconhecimento da culpa do cônjuge (os dois únicos efeitos para a culpa):

- Excepcional perda do sobrenome (culpa grave) - art. 1.578;

> *Art. 1.578. O cônjuge declarado culpado na ação de separação judicial perde o direito de usar o sobrenome do outro, desde que expressamente requerido pelo cônjuge inocente e se a alteração não acarretar:*
> *I - evidente prejuízo para a sua identificação;*
> *II - manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida;*
> *III - dano grave reconhecido na decisão judicial.*
> *§ 1o O cônjuge inocente na ação de separação judicial poderá renunciar, a qualquer momento, ao direito de usar o sobrenome do outro.*
> *§ 2o Nos demais casos caberá a opção pela conservação do nome de casado.*

- Mudança na natureza dos alimentos - art. 1704, parágrafo único.

> *Art. 1.704. Se um dos cônjuges separados judicialmente vier a necessitar de alimentos, será o outro obrigado a prestá-los mediante pensão a ser fixada pelo juiz, caso não tenha sido declarado culpado na ação de separação judicial.*
> *Parágrafo único. Se o cônjuge declarado culpado vier a necessitar de alimentos, e não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, o outro cônjuge será obrigado a assegurá-los, fixando o juiz o valor indispensável à sobrevivência. (são os alimentos necessários)*

Parcela significativa da doutrina brasileira (Berenice, Tepedino, Fachin, Chaves) entende que a discussão sobre a culpa pode ser inconstitucional no caso concreto, tendo em vista que pode invadir a privacidade da pessoa, como na discussão sobre a sexualidade do cônjuge.

Imagine que a parte autora não consegue provar os fatos alegados na inicial, quanto à culpa. Ele não consegue se desincumbir do ônus da prova, qual o efeito desse fato? R: Não se pode julgar o pedido improcedente, porque o casal continuaria casado, e eles não querem mais essa situação. Assim, o STJ, no RESP 466.329 do RS, Ministra Nancy Andrighi, neste caso, recomenda que ao invés do juiz julgar improcedente o pedido, o juiz deve decretar a separação judicial do casal com base na insuportabilidade da vida conjugal (CC, art. 1.573, parágrafo único).

O Enunciado 254 da JDC do CFJ é claro nesse sentido, o juiz pode se afastar do pedido descrito na inicial. Isso ocorre com frequência no direito de família, porque há uma MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DISPOSITIVO. Exemplo: o juiz aplica alimentos provisórios de ofício.

> *JDC 254 - Art. 1.573: Formulado o pedido de separação judicial com fundamento na culpa (art. 1.572 e/ou art. 1.573 e incisos), o juiz poderá decretar a separação do casal diante da constatação da insubsistência da comunhão plena de vida (art. 1.511) – que caracteriza hipótese de "outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum" – sem atribuir culpa a nenhum dos cônjuges.*

b) Separação falência

> *Art. 1.572 § 1º A separação judicial pode também ser pedida se um dos cônjuges provar ruptura da vida em comum há mais de um ano e a impossibilidade de sua reconstituição. (separação falência)*

Causa de pedir → PRAZO.

É a ruptura da vida conjugal, ou seja, da convivência a mais de 01 ano.

Cita-se, como exemplo, o abandono do lar. No entanto, nada impede a separação falência mesmo que o casal continue sob o mesmo teto.

c) Separação remédio

> ***Art. 1.572*** *§ 2º O cônjuge pode ainda pedir a separação judicial quando o outro estiver* ***acometido de doença mental grave****,* ***manifestada após o casamento****, que torne impossível a continuação da vida em comum,* ***desde que, após uma duração de dois anos,*** *a enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável. (separação remédio)*

Causa de pedir → MOTIVO + PRAZO.

É aquela que decorre de doença mental de cura improvável ou impossível, manifestada em um dos cônjuges a mais de 02 anos. Se a doença existia antes do casamento, mas só foi descoberta depois, será causa de **anulação** (erro essencial).

Essa forma de separação impõe uma sanção ao cônjuge: se o casamento for sob o regime de comunhão universal, o cônjuge são que pediu a separação **perde o direito sobre os bens que o doente tinha antes de casar-se.**

> *Art. 1.572 § 3º No caso do parágrafo 2º, reverterão ao cônjuge enfermo, que não houver pedido a separação judicial, os remanescentes dos bens que levou para o casamento, e se o regime dos bens adotado o permitir, a meação dos adquiridos na constância da sociedade conjugal.*

A lei só menciona o regime da comunhão universal, pois nos demais regimes já é regra o cônjuge não ter direito aos bens **particulares** do outro.

7. DIVÓRCIO

7.1. EVOLUÇÃO E CONCEITO

Como visto acima, até 1977 não existia o divórcio. Existia apenas o "desquite" que colocava fim à sociedade conjugal, mas não possibilitava um novo casamento.

Em 1977 foi editada a EC 09/77 que passou a prever o divórcio em caráter excepcional. Somente em 1988 o divórcio perdeu seu caráter de excepcionalidade. Atualmente, a pessoa pode se divorciar quantas vezes possa se casar, podendo fazê-lo, inclusive, extrajudicialmente, nos termos do art. 733 do NCPC.

> *Art. 733. O divórcio consensual, a separação consensual e a extinção consensual de união estável, não havendo nascituro ou filhos incapazes e observados os requisitos legais, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições de que trata o art. 731.*

Resumidamente, o divórcio é a dissolução do VÍNCULO matrimonial, encerrando também a

sociedade conjugal (se esta ainda não havia sido terminada).

7.2. DIVÓRCIO LITIGIOSO

Sempre será em juízo (procedimento comum ordinário).

Art. 693. As normas deste Capítulo aplicam-se aos processos contenciosos de divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação.
Parágrafo único. A ação de alimentos e a que versar sobre interesse de criança ou de adolescente observarão o procedimento previsto em legislação específica, aplicando-se, no que couber, as disposições deste Capítulo.
Art. 694. Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação.
Parágrafo único. A requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar.
Art. 695. Recebida a petição inicial e, se for o caso, tomadas as providências referentes à tutela provisória, o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação, observado o disposto no art. 694.
§ 1o O mandado de citação conterá apenas os dados necessários à audiência e deverá estar desacompanhado de cópia da petição inicial, assegurado ao réu o direito de examinar seu conteúdo a qualquer tempo.
§ 2o A citação ocorrerá com antecedência mínima de 15 (quinze) dias da data designada para a audiência.
§ 3o A citação será feita na pessoa do réu.
§ 4o Na audiência, as partes deverão estar acompanhadas de seus advogados ou de defensores públicos.
Art. 696. A audiência de mediação e conciliação poderá dividir-se em tantas sessões quantas sejam necessárias para viabilizar a solução consensual, sem prejuízo de providências jurisdicionais para evitar o perecimento do direito.
Art. 697. Não realizado o acordo, passarão a incidir, a partir de então, as normas do procedimento comum, observado o art. 335.
Art. 698. Nas ações de família, o Ministério Público somente intervirá quando houver interesse de incapaz e deverá ser ouvido previamente à homologação de acordo.
Art. 699. Quando o processo envolver discussão sobre fato relacionado a abuso ou a alienação parental, o juiz, ao tomar o depoimento do incapaz, deverá estar acompanhado por especialista.

7.3. DIVÓRCIO CONSENSUAL

Pode ser obtido em cartório (procedimento administrativo) ou em juízo (procedimento de jurisdição voluntária).

CPC Art. 731. A homologação do divórcio ou da separação consensuais, observados os requisitos legais, poderá ser requerida em petição assinada por ambos os cônjuges, da qual constarão:
I - as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns;
II - as disposições relativas à pensão alimentícia entre os cônjuges;
III - o acordo relativo à guarda dos filhos incapazes e ao regime de visitas; e
IV - o valor da contribuição para criar e educar os filhos.
Parágrafo único. Se os cônjuges não acordarem sobre a partilha dos bens, far-se-á esta depois de homologado o divórcio, na forma estabelecida nos arts. 647 a 658.
Art. 732. As disposições relativas ao processo de homologação judicial de divórcio ou de separação consensuais aplicam-se, no que couber, ao processo de homologação da extinção consensual de união estável.
Art. 733. O divórcio consensual, a separação consensual e a extinção consensual de união estável, não havendo nascituro ou filhos incapazes e observados os requisitos legais, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições de que trata o art. 731.
§ 1o A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras.
§ 2o O tabelião somente lavrará a escritura se os interessados estiverem assistidos por advogado ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.
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.

Exige-se petição inicial assinada pelos cônjuges e pelo advogado. Excepcionalmente, admite-se também a separação consensual SEM petição inicial.

As **cláusulas obrigatórias** que devem constar no acordo de separação ou de divórcio consensuais feito em juízo são as seguintes:

1) Partilha dos bens (Súmula 197 do STJ) – não é obrigatória;

STJ Súmula nº 197 O divórcio direto pode ser concedido sem que haja prévia partilha dos bens.

2) Pensão de alimentos para os filhos;

3) Guarda e visitação dos filhos (inclusive a guarda compartilhada que é a mais indicada

para esse tipo de separação ou de divórcio) – art. 1584, II expressamente estabelece a visita com uma obrigação dos pais, pois é uma obrigação dos pais, e não um direito. Isso está se estendendo até mesmo para as madrastas e os padrastos;

> *Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:*
> *...*
> *II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.*

4) Pensão alimentícia entre os cônjuges (se um deles renunciar, essa cláusula é válida e eficaz, pelo STJ, apesar do CC discordar).

5) Direito de uso do nome de casado.

Depois de apresentada a inicial com o acordo, o juiz designará audiência de ratificação (súmula 305 do STF) do acordo de separação ou de divórcio consensuais.

> *STF SÚMULA Nº 305 ACORDO DE DESQUITE RATIFICADO POR AMBOS OS CÔNJUGES NÃO É RETRATÁVEL UNILATERALMENTE.*

Ele se torna ratificado definitivamente, não admitindo retratação. Depois, se submete ao MP e o juiz profere a sentença.

7.4. DIVÓRCIO CONSENSUAL EM CARTÓRIO

A Lei 11.441/07 concebeu a possibilidade de divórcio consensual em cartório, através de um procedimento administrativo, sendo decretado por meio de escritura pública e não por sentença. Essa escritura pública independe de intervenção do MP e homologação judicial. O próprio tabelião lavrará a escritura pública quando presentes os requisitos.

O uso da via cartorária é facultativo e não obrigatório, desde que não haja interesse de incapaz.

> *CPC*
> *Art. 733. O divórcio consensual, a separação consensual e a extinção consensual de união estável, não havendo nascituro ou filhos incapazes e observados os requisitos legais, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições de que trata o art. 731.*
> *§ 1o A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras.*
> *§ 2o O tabelião somente lavrará a escritura se os interessados estiverem assistidos por advogado ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.*

No cartório, ou seja, na via administrativa, o divórcio e a separação consensuais podem ocorrer, mas as partes devem estar assistidas de advogado ou defensor público. A gratuidade judiciária, mesmo em cartório, do procedimento, está garantida. Os emolumentos não estão empreendidos aqui.

O procedimento em cartório somente pode ser utilizado se não existir INTERESSE de

incapaz, que neste caso, deverá ser pela via judicial.

Aqui, no cartório, o acordo tem que ter 3 cláusulas obrigatórias:

1) A partilha de bens. (que não é obrigatório!!!);
2) A pensão alimentícia entre os cônjuges;
3) O direito de uso do nome de casado;

Não há intervenção do MP e nem homologação judicial. Isso está em consonância com a lei 11.441/07.

O prazo de separação de fato pode ser comprovado por simples declaração das testemunhas, elas não precisam comparecer. Essa declaração escrita tem o mesmo valor que a declaração falada.

No cartório, as partes podem ser representadas por Procurador, com poderes especiais, constituídos por Escritura Pública. Isso é indicado para pessoas que moram em Estados diferentes ou Países diferentes.

A lei optou pela facultatividade do procedimento em cartório, ou seja, a parte pode sempre escolher se quer se separar ou se divorciar, consensualmente, por via judicial ou cartorial.

8. SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO: CARACTERÍSTICAS MATERIAIS E PROCESSUAIS COMUNS

8.1. NATUREZA PERSONALÍSSIMA DA MEDIDA

Somente podem ser pleiteados pelo próprio cônjuge. Por conta disso, nessas ações não cabe intervenção de terceiros ou substituição processual.

OBS: A Lei 6.515/77 (Lei do Divórcio) somente remanesce no que se refere a alguns dispositivos processuais. Dentre eles, o art. 3º expressamente estabelece a possibilidade de o cônjuge incapaz ser representado pelo curador, ascendente ou irmão, NESTA ORDEM.

Frise-se: Não se trata de substituição processual, mas sim de **representação processual** (demanda em nome alheio, defendendo interesse alheio).

E se o curador for o próprio cônjuge? Art. 72, I do CPC: Interesses conflitantes entre curador e curatelado → Nomeação de curador especial pelo juiz.

CPC/2015
Art. 72. O juiz nomeará curador especial ao:
I - incapaz, se não tiver representante legal ou se os interesses deste colidirem com os daquele, enquanto durar a incapacidade;
II - réu preso revel, bem como ao réu revel citado por edital ou com hora certa, enquanto não for constituído advogado.
Parágrafo único. A curatela especial será exercida pela Defensoria Pública, nos termos da lei.

8.2. POSSIBILIDADE DE DISPENSA DA PARTILHA DOS BENS (ART. 1.581 DO CC E SÚMULA 197 DO STJ).

***Art. 1.581**. O divórcio (direto ou indireto/separação) pode ser concedido sem que haja prévia partilha de bens.*

> ***Súmula 197**: O divórcio (direto ou indireto/separação) pode ser concedido sem que haja prévia partilha dos bens.*

Nesse caso, todos os bens permanecem na titularidade de ambos os cônjuges, que continuam coproprietários e copossuidores de todos os bens. No dia que qualquer deles tiver interesse, deverão propor a ação de partilha, que poderá ser ajuizada A QUALQUER TEMPO - direito potestativo (art. 1.321 do CC).

> *Art. 1.321. Aplicam-se à divisão do condomínio, no que couber, as regras de partilha de herança (arts. 2.013 a 2.022).*

Divorciados podem casar-se de novo. A eventual superveniência de casamento antes da partilha dos bens IMPLICA no regime de separação obrigatória de bens no novo matrimônio, com o fim de evitar uma promiscuidade patrimonial (art. 1.641 do CC). É uma **causa suspensiva** de casamento (art. 1.523, III do CC). Depois de realizada a partilha, o regime de bens do novo casamento pode ser alterado.

> *Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:*
> *I - das pessoas que o contraírem com inobservância das **causas suspensivas** da celebração do casamento;*
>
> *Art. 1.523. Não devem casar:*
> *III - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal;*

Em que pese a divergência da doutrina, essa possibilidade de dispensa de partilha pode ocorrer tanto na dissolução consensual quanto na litigiosa. No caso de dissolução litigiosa de alta complexidade, não raras vezes a melhor solução é dissolver o casamento e remeter às vias ordinárias a partilha dos bens.

8.3. REVELIA NA SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO (ART. 345, II DO CPC/2015)

As ações de família, como um todo, admitem revelia? SIM, lógico que sim. Porém, nesse caso, há um detalhe: Por se tratar de causa que discute direitos INDISPONÍVEIS, a revelia não produzirá o mais famoso de seus efeitos, qual seja, a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor (art. 345, II do CPC).

> *CPC Art. 345. A revelia não produz o efeito mencionado no art. 344 se:*
> *I - havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação;*
> *II - o litígio versar sobre direitos indisponíveis;*

IMPORTANTE: a rigor, o único efeito que decorre da revelia nas ações que envolvem direitos indisponíveis é a desnecessidade de intimação do revel para os atos processuais subsequentes.

8.4. COMPETÊNCIA JUDICIAL PARA AS AÇÕES

O art. 100,I, do CPC/1973, previa como competente o foro da residência da mulher para as ações de separação, conversão desta em divórcio e anulação de casamento. O art. 53, I, do CPC/15 trata do mesmo tema, mas de forma diferente e ampliada. Mais abrangente porque inclui entre as ações também a de reconhecimento ou dissolução de união estável.

E diferente porque cria duas regras, a depender da existência de filho incapaz: havendo filho incapaz, a competência será do domicílio do guardião; não havendo, a competência será do foro do último domicílio do casal e se nenhuma das partes residir em tal domicílio a competência será do foro do domicílio do réu.

Ainda que se considere que, tradicionalmente, é o marido que deixa o lar, há muito tempo já não é mais essa uma realidade absoluta, sendo inúmeros os casos em que a mulher deixa o lar e, justamente para se afastar de forma significativa do marido, muda-se inclusive de cidade, hipótese na qual deixará de ter a proteção legal que tem atualmente.

Com isso o legislador aparentemente adequa o dispositivo legal à previsão contida no art. 226, § 5°, da CF, que prevê a igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges.

A Lei 13.894/2019 acrescentou a alínea "d" ao inciso I, do art. 53 do CPC, determinando que o foro do domicílio da vítima de violência doméstica e familiar será competente para as ações de divórcio, separação, anulação de casamento e reconhecimento ou dissolução de união estável. Entretanto, a alínea "d" não segue a regra da sucessividade das alíneas "a", "b" e "c", que terá preferência.

Salienta-se, ainda, que a Lei 13.894/2019 incluiu o art. 14-A na Lei Maria da Penal, o dispositivo confere à opção para a propositura da ação de divórcio ou dissolução da união estável no Juizado de Violência Doméstica e Familiar, caso a ofendida queira. Contudo, exclui a competência para partilha de bens, eis que foge dos aspectos relacionados à lei.

> *Art. 14-A. A ofendida tem a opção de propor ação de divórcio ou de dissolução de união estável no Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. (Incluído pela Lei nº 13.894, de 2019)*
> *§ 1º Exclui-se da competência dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher a pretensão relacionada à partilha de bens. (Incluído pela Lei nº 13.894, de 2019)*
> *§ 2º Iniciada a situação de violência doméstica e familiar após o ajuizamento da ação de divórcio ou de dissolução de união estável, a ação terá preferência no juízo onde estiver. (Incluído pela Lei nº 13.894, de 2019)*

Importante consignar que a competência do Juizado de Violência Doméstica e Familiar é mista, ou seja, cível e penal.

8.5. USO DO SOBRENOME

Regra Geral do Sistema: Art. 1.578 §1º e §2º do CC → a decisão sobre a manutenção do sobrenome é do próprio cônjuge que o adulterou. Só existe um caso em que o titular perde o direito de uso do sobrenome do cônjuge contra sua própria vontade: Art. 1.578 do CC.

> *Art. 1.578. O cônjuge **declarado culpado** na ação de separação judicial perde o direito de usar o sobrenome do outro, **desde que expressamente requerido pelo cônjuge inocente** e se a alteração não acarretar:*
> *I - evidente prejuízo para a sua identificação;*
> *II - manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida;*
> *III - dano grave reconhecido na decisão judicial.*
> *§ 1º O cônjuge inocente na ação de separação judicial poderá renunciar, a qualquer momento, ao direito de usar o sobrenome do outro.*
> *§ 2º Nos demais casos caberá a opção pela conservação do nome de casado.*

Requisitos cumulativos para perda do sobrenome contra a vontade:

1) Pedido expresso;
2) Culpa grave;
3) Não prejuízo para a prole;
4) Inexistência de prejuízo para o próprio titular.

8.6. DIVISÃO DE FRUTOS DECORRENTES DE COISA COMUM

Na separação e divórcio devem entrar na partilha, também, os frutos de bens comuns. Dessa forma, se um dos cônjuges está colhendo os frutos ISOLADAMENTE, deverá indenizar ao outro.

> *RECURSO ESPECIAL. CIVIL. FAMÍLIA. DIVÓRCIO. PARTILHA. INDENIZAÇÃO PELO USO EXCLUSIVO DE IMÓVEL DE PROPRIEDADE COMUM DOS EX-CÔNJUGES AINDA NÃO PARTILHADO FORMALMENTE. POSSIBILIDADE A DEPENDER DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Na separação e no divórcio, sob pena de gerar enriquecimento sem causa, o fato de certo bem comum ainda pertencer indistintamente aos ex-cônjuges, por não ter sido formalizada a partilha, não representa automático empecilho ao pagamento de indenização pelo uso exclusivo do bem por um deles, desde que a parte que toca a cada um tenha sido definida por qualquer meio inequívoco. 2. Na hipótese dos autos, tornado certo pela sentença o quinhão que cabe a cada um dos ex-cônjuges, aquele que utiliza exclusivamente o bem comum deve indenizar o outro, proporcionalmente. 3. Registre-se que a indenização pelo uso exclusivo do bem por parte do alimentante pode influir no valor da prestação de alimentos, pois afeta a renda do obrigado, devendo as obrigações serem reciprocamente consideradas pelas instâncias ordinárias, sempre a par das peculiaridades do caso concreto. 4. O termo inicial para o ressarcimento deve ser a data da ciência do pedido da parte contrária, que, no caso, deu-se com a intimação. 5. Recurso especial provido. (REsp 1250362/RS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/02/2017, DJe 20/02/2017)*

> *O uso exclusivo do imóvel comum por um dos ex-cônjuges — após a separação ou o divórcio e ainda que não tenha sido formalizada a partilha — autoriza que aquele privado da fruição do bem reivindique, a título de indenização, a parcela proporcional a sua quota-parte sobre a renda de um aluguel presumido, nos termos do disposto nos arts. 1.319 e 1.326 do Código Civil. STJ. 4ª Turma. REsp 1.699.013-DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 04/05/2021 (Info 695).*

Nada mais é do que uma interpretação do art. 1.319 a luz da dissolução do casamento.

> ***Art. 1.319**. Cada condômino responde aos outros pelos frutos que percebeu da coisa e pelo dano que lhe causou.*

Não confundir esse '**aluguel'** com a '**taxa de ocupação'**, que diz respeito ao que deve pagar o promitente comprador no contrato de compra e venda rescindido.

Contudo, quando no imóvel também residir filho do casal, o STJ entendeu que não é devido o aluguel, tendo em vista que o fato de o imóvel comum também servir de moradia para a filha do ex-casal tem a possibilidade de converter a "indenização proporcional devida pelo uso exclusivo do bem" em "parcela in natura da prestação de alimentos" (sob a forma de habitação), que deve ser somada aos alimentos in pecunia a serem pagos pelo ex-cônjuge que não usufrui do bem - e que pode ser apurado em ação própria -, afastando o enriquecimento sem causa de qualquer uma das partes.

> *Não é obrigatório o arbitramento de aluguel ao ex-cônjuge que reside, após o divórcio, em imóvel de propriedade comum do ex-casal com a filha menor de ambos. STJ. 4ª Turma. REsp 1.699.013-DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 04/05/2021 (Info 695).*

8.7. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Este é terreno fértil para a ocorrência da denominada **desconsideração inversa**, em que, verificando que sócio se valeu da pessoa jurídica para ocultar bens, o juiz atinge o patrimônio da empresa para alcançar o agente causador do dano.

É o caso daquele cônjuge que é empresário e vai passando os bens comuns para a empresa e depois que passa o último bem decide se separar. Só que na empresa, somente 10% do capital é dele, pois, todo o resto ele já passou adiante. Ou seja, ocorrendo a separação, ele vai dividir esses 10% com a mulher.

Nesse caso, dada a confusão patrimonial ocorrida, pode haver a desconsideração da personalidade jurídica inversa (e objetiva – confusão patrimonial) para alcançar os bens da sociedade (que se locupletou indevidamente) para fim de dar a mulher o que lhe é de direito.

Essa desconsideração não pode ser decretada de ofício: depende de requerimento do interessado ou do MP '*custos legis*'. Está prevista no CPC.

> *Art. 133. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.*
> *§ 1º O pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei.*
> *§ 2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica.*

8.8. PARTILHA DE BENS

a) Bens adquiridos a título eventual: Todos entram na partilha. Exemplo: Prêmio de Loteria, aluvião, avulsão.

b) Bens adquiridos com FGTS: Tudo que foi adquirido com dinheiro do FGTS entra na partilha.

   ATENÇÃO! FGTS anterior ao casamento não entra na partilha, apenas o que foi depositado durante o casamento.

c) Imóvel financiado: Todos os valores (parcelas) pagos na constância do casamento devem ser partilhados.

Exceção: regime da separação convencional de bens. Lembrar que na separação absoluta (obrigatória) os bens se comunicam na constância do casamento.

8.9. GUARDA DOS FILHOS

8.9.1. Espécies de guarda

Existem quatro espécies de guarda, duas delas estão previstas no Código Civil e duas outras são criações da doutrina que, apesar de não serem fixadas judicialmente, algumas vezes são verificadas na prática.

a) UNILATERAL (EXCLUSIVA):

Ocorre quando o pai ou a mãe fica com a guarda e a outra pessoa possuirá apenas o direito de visitas. Segundo a definição do Código Civil, a guarda unilateral é aquela "atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua" (art. 1.583, § 1º).

Ainda hoje é bastante comum.

Ex: João e Maria se divorciaram; ficou combinado que Maria ficará com a guarda da filha de 5 anos e o pai tem direito de visitas aos finais de semana.

Vale ressaltar que, se for fixada a guarda unilateral, o pai ou a mãe que ficar sem a guarda continuará com o dever de supervisionar os interesses dos filhos. Para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos (§ 5º do art. 1.583).

Pensando nisso, a Lei n.° 13.058/2014 acrescentou no art. 1.583 do Código Civil o § 6º prevendo que os estabelecimentos públicos e privados são obrigados a prestar informações a qualquer dos genitores sobre os filhos destes, sob pena de multa de R$ 200,00 (duzentos reais) a R$ 500,00 (quinhentos reais) por dia pelo não atendimento da solicitação.

b) COMPARTILHADA (CONJUNTA):

Ocorre quando o pai e a mãe são responsáveis pela guarda do filho. A guarda é de responsabilidade de ambos e as decisões a respeito do filho são tomadas em conjunto, baseadas no diálogo e consenso.

Segundo o Código Civil, entende-se por guarda compartilhada "a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns." (Art. 1.583, § 1º).

É considerada a melhor espécie de guarda porque o filho tem a possibilidade de conviver com ambos e os pais, por sua vez, sentem-se igualmente responsáveis. Vale ressaltar que nessa espécie de guarda, apesar de tanto o pai como a mãe possuírem a guarda, o filho mora apenas com um dos dois.

Ex.: João e Maria se divorciaram; ficou combinado que a filha do casal ficará morando com a mãe; apesar disso, tanto Maria como João terão a guarda compartilhada (conjunta) da criança, de forma que ela irá conviver constantemente com ambos e as decisões sobre ela serão tomadas em conjunto pelos pais.

Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com os pais, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos (§ 2º do art. 1.583). Para estabelecer as atribuições dos pais e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com os genitores (§ 3º do art. 1.584 do CC).

Assim, com a ajuda de psicólogos, assistentes sociais e outros profissionais, o juiz já deverá estabelecer as atribuições que caberão a cada um dos pais e o tempo de convivência com o filho.

Ex: João irá buscar o filho no colégio todos os dias às 12h; no período da tarde, a criança continuará na companhia do pai e, às 18h, ele deverá deixá-lo na casa da mãe.

Salienta-se que o STJ entendeu ser possível a concessão de guarda compartilhada, inclusive, para pais que moram em cidades diferentes.

> *A guarda compartilhada é a modalidade de guarda mais adequada para preservar os interesses do menor, quando ambos os genitores estiverem aptos. A lei 13.058/2014, que alterou o §2º do art. 1.584 do CC, esclareceu que a guarda compartilhada não é apenas prioritária ou preferencial, mas sim obrigatória, só sendo afastada quando: a) um genitor declarar que não deseja a guarda; ou b) um genitor não estiver apto ao exercício do poder familiar. A residência do genitor em outra cidade, outro Estado ou outro país, não se enquadra entre as exceções para a não fixação da guarda compartilhada. Tanto isso é verdade que o Código Civil, no art. 1.583, §3º, estabelece um critério para a definição da cidade que deverá ser considerada como base da moradia dos filhos na guarda compartilhada, qual seja, a que melhor atender aos interesses da criança ou do adolescente. Portanto, o próprio Código Civil previu a possibilidade da guarda compartilhada com um dos genitores residindo em cidade distinta. Com o avanço tecnológico, passa a ser plenamente possível que os genitores compartilhem as responsabilidades referentes aos filhos, mesmo que à distância. Desse modo, o fato de os genitores possuírem domicílio em cidades diversas, por si só, não representa óbice à fixação de guarda compartilhada. STJ. 3ª Turma. REsp 1878041-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 25/05/2021 (Info 698).*

c) ALTERNADA

Ocorre quando o pai e a mãe se revezam em períodos exclusivos de guarda, cabendo ao outro direito de visitas. Em outras palavras, é aquela na qual durante alguns dias a mãe terá a guarda exclusiva e, em outros períodos, o pai terá a guarda exclusiva.

Ex: João e Maria se divorciaram; ficou combinado que durante uma semana a filha do casal ficará morando com a mãe (e o pai não pode interferir durante esse tempo) e, na semana seguinte, a filha ficará vivendo com o pai (que terá a guarda exclusiva nesse período).

“Essa forma de guarda não é recomendável, eis que pode trazer confusões psicológicas à criança. Com tom didático, pode-se dizer que essa é a guarda pingue-pongue, pois a criança permanece como cada um dos genitores por períodos ininterruptos. Alguns a denominam como a guarda do mochileiro, pois o filho sempre deve arrumar a sua malinha ou mochila para ir à outra casa. É altamente inconveniente, pois a criança perde seu referencial, recebendo tratamentos

diferentes quando na casa paterna e na materna." (TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil.* Volume único. São Paulo: Método, 2013, p. 1224).

d) ANINHAMENTO (NIDAÇÃO)

Ocorre quando a criança permanece na mesma casa onde morava e os pais, de forma alternada, se revezam na sua companhia. Assim, é o contrário da guarda alternada, já que são os pais que, durante determinados períodos, se mudam.

Ex: João e Maria se divorciaram; ficou combinado que a filha do casal ficará morando no mesmo apartamento onde residia e no qual já possui seus amiguinhos na vizinhança. Durante uma semana, a mãe ficará morando no apartamento com a criança (e o pai não pode interferir durante esse tempo). Na semana seguinte, a mãe se muda temporariamente para outro lugar e o pai ficará vivendo no apartamento com a filha.

Defendida por alguns como uma forma de a criança não sofrer transtornos psicológicos por ter que abandonar o meio em que já vivia e estava familiarizada. Apesar disso, é bastante rara devido aos inconvenientes práticos de sua implementação.

A palavra "aninhamento" vem de "aninhar", ou seja, colocar em um ninho. Transmite a ideia de que a criança permanecerá no mesmo ninho (mesmo lar) e os seus pais é quem se revezarão em sua companhia.

Como já dito acima, o Código Civil somente fala em unilateral ou compartilhada (art. 1.583), mas as demais espécies também existem na prática.

8.9.2. Definição

a) A guarda será definida por consenso entre o pai e a mãe; ou

b) se não houver acordo, será decretada pelo juiz.

Quando o magistrado for fixar a guarda, deverá levar em consideração as necessidades específicas do filho e a distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e a mãe.

Em sede de medida cautelar de separação de corpos, em sede de medida cautelar de guarda ou em outra sede de fixação liminar de guarda, a decisão sobre guarda de filhos, mesmo que provisória, será proferida preferencialmente após a oitiva de ambas as partes perante o juiz, salvo se a proteção aos interesses dos filhos exigir a concessão de liminar sem a oitiva da outra parte (art. 1.585 do CC).

Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas (§ 1º do art. 1.584) como uma forma de estimular o acordo.

8.9.3. Impossibilidade de acordo

Regra: quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, o juiz irá aplicar a guarda compartilhada.

Exceções:

Não será aplicada a guarda compartilhada se:

a) um dos genitores não estiver apto a exercer o poder familiar; ou

b) um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.

Antes mesmo de ser sancionada a lei, o projeto de lei já recebeu críticas de diversos doutrinadores. Isso porque ela praticamente impõe aos pais algo que, na prática, não funciona se não for consensual.

A guarda compartilhada exige como pressuposto que haja um mínimo de convivência harmônica entre os pais, já que as decisões a respeito do filho deverão ser tomadas em conjunto, com base no diálogo e consenso.

Ora, se os pais da criança não gozam de uma relação harmoniosa, é extremamente improvável que consigam dialogar e decidir, de forma amistosa, pontos conflituosos em relação ao filho, como, por exemplo, a escola em que ele irá estudar, o tempo que cada um passará com a criança, as obrigações de cada genitor etc.

Na guarda compartilhada muito pouco adianta que tais cláusulas sejam impostas pelo juiz porque o Poder Judiciário não terá condições de acompanhar, na prática, o cumprimento de tais medidas e a sua efetividade será mínima se não houver disposição e compromisso dos pais em respeitá-las. Enfim, apesar de a guarda compartilhada ser a espécie ideal, ela tem que ser conquistada com a conscientização e nunca pela imposição, o que gerará um efeito inverso e talvez acirre o relacionamento já desgastado dos pais da criança.

A implementação da guarda compartilhada **não se sujeita à transigência dos genitores**. Em outras palavras, a guarda compartilhada é a regra, independentemente de concordância entre os genitores acerca de sua necessidade ou oportunidade (STJ. 3ª Turma. REsp 1605477/RS, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 21/06/2016).

8.9.4. A guarda pode ser deferida para outra pessoa que não seja o pai ou a mãe?

SIM. Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade (§ 5º do art. 1.584).

O exemplo mais comum dessa situação é a guarda atribuída aos avós.

8.9.5. Poder familiar

Por fim, a Lei 13.058/2014 alterou o art. 1.634 do Código Civil, que trata sobre o poder familiar. Vejamos o que mudou:

> *Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:*

A redação do caput do art. 1.634 foi apenas atualizada, não tendo havido modificação substancial.

> *I - dirigir-lhes a criação e a educação;*

Não houve alteração, sendo exatamente a mesma redação do inciso I anterior.

> *II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;*

A redação desse inciso II foi melhorada, suprimindo a expressão “companhia” que não era adequada, mantendo-se apenas “guarda”.

> *III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;*

Não houve alteração, sendo exatamente a mesma redação do inciso III anterior.

> *IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;*

Trata-se de novidade no Código Civil. Vale ressaltar, no entanto, que esse consentimento já era exigido no ECA. Confira:

> *ECA Art. 83. Nenhuma criança poderá viajar para fora da comarca onde reside, desacompanhada dos pais ou responsável, sem expressa autorização judicial.*
> *(...)*
> *ECA Art. 84. Quando se tratar de viagem ao exterior, a autorização é dispensável, se a criança ou adolescente:*
> *I - estiver acompanhado de ambos os pais ou responsável;*
> *II - viajar na companhia de um dos pais, autorizado expressamente pelo outro através de documento com firma reconhecida.*

> *V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;*

Trata-se de novidade no Código Civil.

> *VI - nomear-lhe tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivo não puder exercer o poder familiar;*

Houve apenas alteração da numeração do inciso, sendo exatamente a mesma redação do inciso IV anterior. Confira:

> *VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;*

De acordo com o STJ (REsp 1761274-DF – Info 664), o fato de ter sido concedida a guarda do menor para uma outra pessoa que não compõe o núcleo familiar não significa que tenha havido a destituição automática do poder familiar. Logo, mesmo em tais casos, a competência para representar este menor em juízo é do pai ou da mãe (e não da guardiã).

> *A concessão de guarda do menor não implica automática destituição do poder-dever familiar dos pais para representá-lo em juízo. STJ. 3ª Turma. REsp 1.761.274-DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 04/02/2020 (Info 664).*

Não houve alteração substancial, sendo praticamente a mesma redação do inciso V anterior.

VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

Houve apenas alteração da numeração do inciso, sendo exatamente a mesma redação do inciso VI anterior.

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

Houve apenas alteração da numeração do inciso, sendo exatamente a mesma redação do inciso VII anterior.

PARENTESCO

1. CONCEITO

Segundo o Professor Caio Mário, o parentesco é a mais importante e constante relação humana. Na vereda do pensamento de Maria Helena Diniz, trata-se da relação vinculatória entre pessoas que descendem umas das outras ou de um mesmo tronco comum (consanguíneo), bem como do vínculo existente entre um cônjuge ou companheiro e os parentes do outro (afinidade).

Além disso, o parentesco poderá ainda ser civil: é aquele derivado da afetividade, como se dá na adoção e na reprodução humana assistida.

Maria Berenice Dias afirma que parentesco e família não se confundem. As relações de parentesco decorrem de vínculos de consanguinidade e de afinidade. Além disso, cônjuges e companheiros não são parentes. A identificação dos vínculos de parentesco tem reflexos nos impedimentos matrimoniais, na obrigação alimentar e no direito sucessório.

2. PARENTESCO CONSANGUÍNEO (OU NATURAL)

É a relação que vincula pessoas que derivam de um mesmo tronco comum (arts. 1.591 e 1.592).

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

*Art. 1.592. São parentes em linha **colateral ou transversal**, até o quarto grau, as pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem uma da outra.*

Tanto pode ser na linha reta quanto na linha colateral. Lembrando que na linha reta o parentesco é *ad infinitum*. Já na linha colateral o parentesco consanguíneo limita-se ao quarto grau (primos, sobrinho-neto e tio-avô).

Com relação aos irmãos, Maria Berenice Dias enfatiza a inconstitucionalidade da distinção por estirpe, que diferencia irmãos germanos e irmãos unilaterais. Salienta que não faz sentido assegurar direitos sucessórios diferenciados (CC, art. 1841), quando a obrigação alimentar entre todos os irmãos é a mesma (CC, art. 1697).

> *Art. 1.841. Concorrendo à herança do falecido irmãos bilaterais com irmãos unilaterais, cada um destes herdará metade do que cada um daqueles herdar.*
>
> *Art. 1.697. Na falta dos ascendentes cabe a obrigação aos descendentes, guardada a ordem de sucessão e, faltando estes, aos irmãos, assim germanos como unilaterais.*

O STJ (REsp 1.892.941-SP – Info 699) reconheceu que irmãos unilaterais possuem legitimidade ativa e interesse processual para propor ação declaratória de reconhecimento de parentesco natural com irmã pré-morta, ainda que a relação paterno-filial com o pai comum, também pré-morto, não tenha sido reconhecida em vida

No que se refere à obrigação alimentar, Maria Berenice Dias afirma que, a despeito da enumeração do art. 1697 do CC, a obrigação de prestar alimentos se estende entre todos os parentes colaterais, e não apenas aos irmãos, já que os direitos sucessórios os alcançam (CC, art. 1829).

> *Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:*
> *I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;*
> *II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;*
> *III - ao cônjuge sobrevivente;*
> *IV - aos colaterais.*

3. PARENTESCO POR AFINIDADE

O parentesco por afinidade, que também pode ser na linha reta ou colateral, é aquele travado entre um cônjuge ou companheiro e os parentes do outro. Entre os cônjuges não há parentesco, há casamento. O vínculo não é parental; é CASAMENTÁRIO.

O parentesco por AFINIDADE na linha reta também é *ad infinitum*. Já na linha colateral, limita-se ao cunhadio (2º grau). Com a sogra a pessoa jamais pode se casar; mas com a cunhada pode.

Maria Berenice Dias sustenta que se o parentesco por afinidade na linha reta se mantém mesmo após o fim do casamento ou da união estável, deve ser mantido o dever de alimentar, subsidiário e complementar, entre ex-sogro/ex-sogra e ex-genro/ex-nora. Isso seria decorrência da solidariedade familiar. A responsabilidade alimentar, pelo mesmo motivo, também se manteria entre padrasto e enteado.

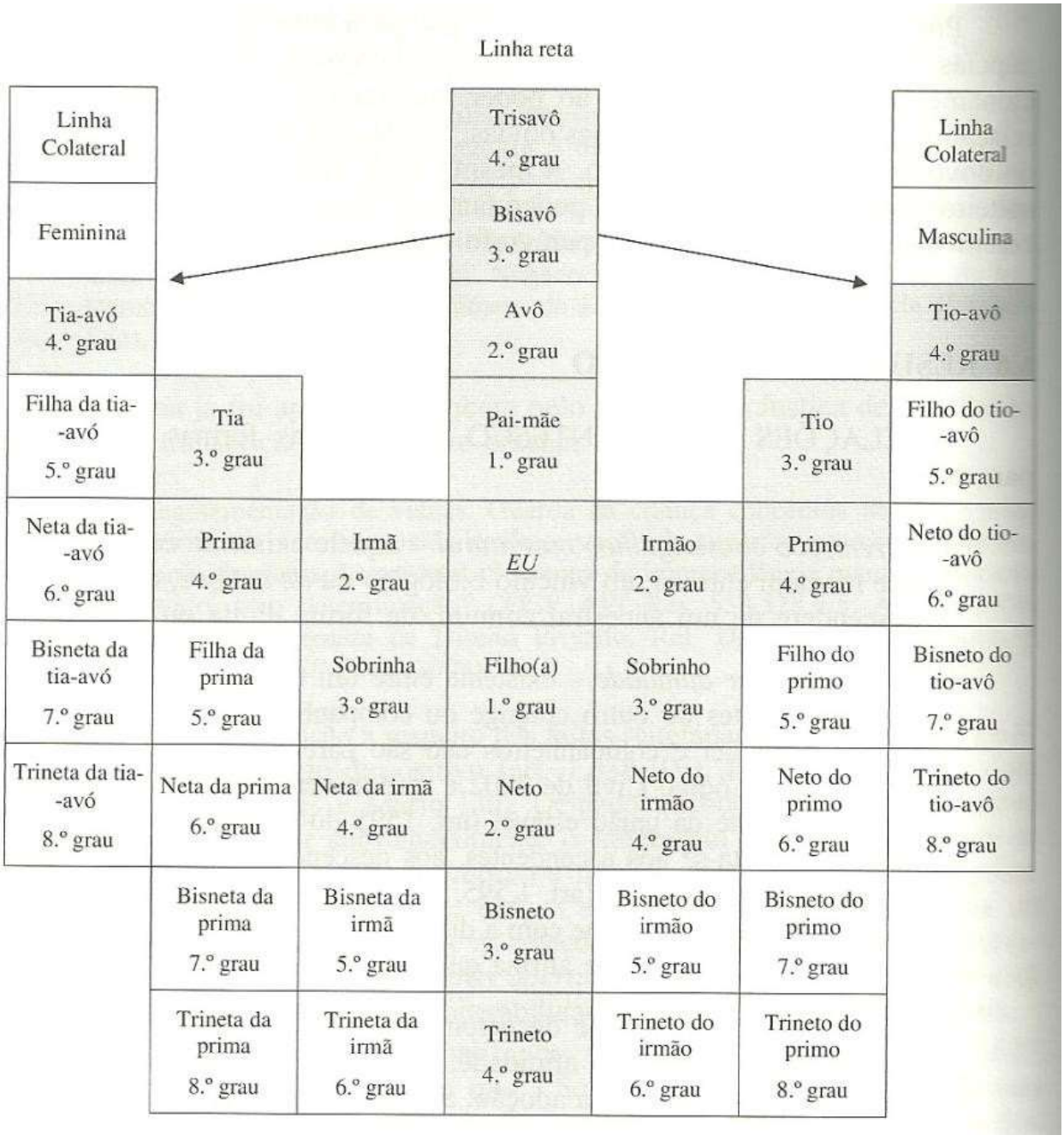
Lembrando que, JURIDICAMENTE, não existe relação de parentesco entre parentes por afinidade (concunhado não é parente).

Berenice Dias sustenta que o vínculo de afinidade também se estabelece com relação aos filhos de um dos cônjuges ou companheiros. Reconhece-se a filiação socioafetiva.

4. DISTINÇÕES ENTRE PARENTESCO NA LINHA RETA, COLATERAL E POR AFINIDADE

Parentes em linha reta: descendem um dos outros e o grau é ilimitado. Os vínculos são perpétuos (inclusive na afinidade). O grau de parentesco na linha reta é contado pelo número de gerações.

Parentes em linha colateral: têm somente um ascendente comum e é limitado ao quarto grau na consanguinidade e ao segundo grau na afinidade. O parentesco na linha colateral nunca se dissolve. Contudo, na afinidade, findo o relacionamento, o parentesco termina (lembrando que o impedimento na linha reta – sogra – continua, embora Maria Berenice Dias defenda que o parentesco se mantém). O grau de parentesco entre colaterais é contado também pelo número de gerações, "*mas é necessário subir até o ascendente comum e depois descer até o outro parente para se identificar o grau de parentesco (CC 1.594)*".



FILIAÇÃO

1. CONCEITO

A filiação pode ser conceituada como sendo a relação jurídica decorrente do parentesco por consanguinidade ou outra origem, determinada pela maternidade e/ou maternidade.

Em suma, trata-se do vínculo entre uma pessoa e aqueles que o geraram ou que o acolheram, com base no afeto e na solidariedade.

O dispositivo inaugural quanto ao tema, o art. 1.596 do CC, consagrando o princípio da igualdade entre os filhos, repete o que consta no art. 227, §6º da CF.

> *CC Art. 1.596. 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.*

2. ISONOMIA ENTRE OS FILHOS

O CC de 1916 era retrato de uma sociedade conservadora, adotava o sistema francês de filiação, diferenciando os filhos legítimos dos ilegítimos. Pela revogada Codificação Civil, os filhos ilegítimos tinham apenas metade dos direitos conferidos aos filhos legítimos. Ainda, a antiga norma civil estabelecia que os filhos adotados não possuíam direito algum, até porque a adoção no CC de 1916 era tratada como uma relação contratual, extinguindo-se com a morte do adotante.

Contudo, a CF/88, nos seus artigos 226 e 227, estabeleceu a igualdade entre os filhos, vedando, para além da mera discriminação em relação aos direitos econômicos, até mesmo as designações discriminatórias, como a distinção entre filhos legítimos e ilegítimos. Com a CF/88, filho passou a ser simplesmente filho.

> *Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.*
> *§ 6º - 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.*

Assim, nota-se que a igualdade entre os filhos foi estabelecida pela Constituição, seja qual for a origem destes (frutos do casamento, união estável, concubinato, adoção), é, além de econômica, também emocional e afetiva.

Todavia, essa igualdade se dá sob o prisma da isonomia, ou seja, se refere a uma igualdade substancial, de modo que pode haver, por exemplo, pensões alimentícias em patamares diferentes entre os filhos, desde que a necessidade de todos sejam atendidas da mesma maneira.

O art. 1.593 do CC reconhece a isonomia estabelecida pela CF:

> *Art. 1.593. O parentesco é NATURAL ou CIVIL, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.*

3. PROVA DA MATERNIDADE

A maternidade é presumida pela gestação. Contudo, trata-se de uma presunção relativa, tendo em vista que é possível que ocorra troca de bebês na maternidade (responsabilidade objetiva do hospital), bem como o uso de gestação por substituição ou em útero alheio.

A gestação em útero alheio está disciplinada na Resolução 2.168/17 do CFM, deve atender os seguintes critérios:

- pessoas capazes;
- gratuidade;
- pessoas da mesma família (não sendo, autorização do CRM correspondente);
- finalidade médica-terapêutica.

4. FORMAS (CRITÉRIOS) DE FILIAÇÃO

4.1. ESPÉCIES

A filiação pode decorrer de três critérios:

1) Critério da Presunção Legal (presunção *pater is est*): o filho da mãe casada presumidamente é do seu respectivo marido.
2) Critério Biológico: a paternidade é estabelecida pelo DNA (investigação de paternidade).
3) Critério Socioafetivo: a maternidade e paternidade são estabelecidas pelos laços de convivência entre pais e filhos.

   Também pode ser reconhecido nos casos de adoção à brasileira, a qual se configura quando uma pessoa declara, para fins de registro civil, um menor como sendo seu filho biológico, sem que isso seja verdade
4) Critério multiparental: reconhecimento concomitante de filiação socioafetiva e biológica.

OBS: tendo em vista a isonomia entre os filhos estabelecida na CF, não há hierarquia entre tais critérios.

4.2. CRITÉRIO DA PRESUNÇÃO LEGAL

É uma presunção relativa, podendo ser desfeita, está prevista no art. 1.597.

> *Art. 1.597. **Presumem**-se concebidos na **constância do casamento** os filhos:*
> *I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;*
> *II - nascidos **nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal**, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;*
> *III - havidos por **fecundação artificial homóloga**, mesmo que falecido o marido;*
> *IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de **concepção artificial homóloga**;*
> *V - havidos por **inseminação artificial heteróloga**, desde que tenha prévia autorização do marido.*

Em que pese a observação acima, o CC de 2002 não só manteve a presunção, como a ampliou, estendendo também para a concepção artificial:

> *Art. 1.597*
> *...*
> *III - havidos por FECUNDAÇÃO **artificial** homóloga, mesmo que falecido o marido;*
> *IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de CONCEPÇÃO **artificial** homóloga;*
> *V - havidos por inseminação **artificial** heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.*

<table>
<tr><th>CONCEPÇÃO BIOLÓGICA</th><th colspan="2">CONCEPÇÃO ARTIFICIAL</th></tr>
<tr><td rowspan="2">É a concepção tradicional, realizada por meio do ato sexual.</td><td colspan="2">É a concepção realizada por fertilização medicamente assistida, a qual pode se dar de duas formas:

1) Fertilização em vitro: também chamada de fertilização na proveta, ocorre quando o médico prepara o embrião em laboratório, para depois inseri-lo no corpo da mulher.

2) Inseminação artificial: Aqui o médico trabalho apenas com o sêmen, realizando a concepção diretamente no útero da mulher (in vivo).</td></tr>
<tr><td>Fecundação homóloga: médico trabalha somente material genético do próprio casal.</td><td>Fecundação heteróloga: aqui o médico trabalha com material genético de pessoa estranha ao casal.</td></tr>
</table>

1) *Concepção SEXUAL (art. 1597, I e II)*

> *Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:*

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
Prazo mínimo de gestação.
II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
Prazo máximo de gestação.

Destaca-se que a presunção de concepção dos filhos na constância do casamento prevista no art. 1.597, II, do CC se estende à união estável

2) *Concepção ARTIFICIAL (art. 1597, III, IV e V)*

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

...
III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

O filho concebido por fecundação artificial DEPOIS do falecimento do pai, na forma do art. 1.597, III, do CC pode ser herdeiro? Para esta pergunta, duas posições, ambas baseadas no art. 1.798 do CC:

*Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as **pessoas nascidas ou já CONCEBIDAS** no momento da abertura da sucessão.*

1ª C – Caio Mário – Concepção tem sentido apenas uterino, de modo que para esta corrente, a concepção não abrangeria o embrião de laboratório. Por isto, o filho gerado por esta forma de concepção não seria herdeiro.

2ª C - Maria Berenice Dias e Giselda Hironaka – ***PREVALECE:*** Concepção tem sentido amplo, de modo que abrange a um só tempo a concepção uterina e ambulatorial, assim, mesmo o embrião concebido em laboratório teria direito sucessório. Cristiano se filia a esta corrente, por entender que ela vai ao encontro da busca da igualdade entre os filhos, seja qual for sua origem.

Nesse caso, o filho oriundo do sêmen utilizado para concepção após a morte do pai seria herdeiro? NÃO, pois o art. 1.798 fala em concebido, que equivale a embrião:

Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão

Repita-se: o art. 1.798 fala em concebido, que equivale a embrião. Assim, o sêmen congelado não tem capacidade sucessória, pois, obviamente, não é embrião**.** Desse modo, se o falecido deixou apenas o sêmen congelado, que ainda não foi utilizado, eventual filho que resulte da utilização desse sêmen será filho pelo critério biológico, mas não será seu sucessor.

Veja que a relação de parentesco não é afetada, mas apenas a sucessória. Desse modo, esse filho teria direito, por exemplo, pleitear alimentos dos avôs.

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
...
IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

Por quanto tempo deve ser guardado o feto criogenizado (congelado)? A Lei da biossegurança, em seu art. 5º (já declarado constitucional pelo STF – ADI 3510), estabelece que o

médico deve guardar o embrião congelado por 03 (três) anos. Depois desse prazo deve procurar o casal e perguntar se desejam ter o filho. Se o casal não mais desejar a prole, o embrião poderá ser encaminhado para pesquisas com células-tronco.

O direito brasileiro permite a preparação de embriões para células-tronco? Não, o direito brasileiro somente permite o preparo de embriões com finalidade reprodutiva. O encaminhamento para pesquisas com células-tronco é apenas o descarte de embriões que sobraram, dentre aqueles destinados a reprodução.

> *Art. 1.597*
> *...*
> *V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.*

Exemplo: Marido estéril. Vê-se que essa autorização tem natureza de verdadeiro reconhecimento de filho. Essa é a única hipótese de presunção absoluta de filho.

Por que há essa presunção ABSOLUTA de filiação? Se se permitisse ao marido que autorizasse a fertilização heteróloga e depois impugnasse a paternidade, seria permitido uma ação contraditória, a qual como se sabe é vedada pelo venire contra factum proprium.

> *OBS2: JDC 257*
> *JDC 257 - Art. 1.597: As expressões "fecundação artificial", "concepção artificial" e "inseminação artificial", constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1.597 do Código Civil, devem ser interpretadas restritivamente, não abrangendo a utilização de óvulos doados e a gestação de substituição (leia-se: barriga de aluguel).*

QUESTÃO1: As presunções dos incisos III, IV e V do art. 1.597 do CC devem ser aplicadas também nos casos de União Estável? Quais os argumentos a favor e contrários a esse entendimento? Conforme a melhor doutrina, as presunções dos incisos. III, IV e V do art. 1.597 devem ser aplicadas à união estável. Consolidando tal forma de pensar, na VI Jornada de Direito Civil foi aprovado o Enunciado n. 570, in verbis:

> *"O reconhecimento de filho havido em união estável fruto de técnica de reprodução assistida heteróloga 'a patre' consentida expressamente pelo companheiro representa a formalização do vínculo jurídico de paternidade-filiação, cuja constituição se deu no momento do início da gravidez da companheira".*

Em complemento, o STJ já concluiu que os incisos anteriores do art. 1.597 também se aplicam à união estável, deduzindo que:

> *"a presunção de concepção dos filhos na constância do casamento prevista no art. 1.597, II, do CC se estende à união estável. Para a identificação da união estável como entidade familiar, exige-se a convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituição de família com atenção aos deveres de lealdade, respeito, assistência, de guarda, sustento e educação dos filhos em comum. O art. 1.597, II, do CC dispõe que os filhos nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal presumem-se concebidos na constância do casamento. Assim, admitida pelo ordenamento jurídico pátrio (art. 1.723 do CC), inclusive pela CF (art. 226, § 3.º), a união estável e reconhecendo-se nela a existência*

> *de entidade familiar, aplicam-se as disposições contidas no art. 1.597, II, do CC ao regime de união estável" (STJ, REsp 1.194.059/SP, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 06.11.2012, publicado no seu Informativo n. 508).*

Essa realmente parece ser a melhor conclusão. Primeiro, porque não há vedação de aplicação da norma por analogia, pois não se trata de norma restritiva da autonomia privada. Segundo porque a união estável é entidade familiar protegida no Texto Maior, o que deve abranger os filhos havidos dessa união.

QUESTÃO2: É possível a inseminação artificial heteróloga em caso de UNIÃO HOMOAFETIVA?

A doutrina sempre debateu a possibilidade jurídica da técnica de reprodução assistida heteróloga em casos de união homoafetiva. Maria Berenice Dias sempre entendeu que isso não só é viável como vem efetivamente ocorrendo na prática. O último entendimento segue a linha de pensamento de que a união homoafetiva constitui uma entidade familiar, o que está concretizado no Direito de Família brasileiro desde 5 de maio de 2011, com a decisão do Supremo Tribunal Federal nas ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF. Anote-se que a interpretação da Resolução CFM 1.957/2010 já conduzia a tal possibilidade, pois mencionava que qualquer pessoa capaz poderia fazer uso da técnica de reprodução assistida.

No âmbito da doutrina, concluindo da mesma maneira, destaque-se enunciado aprovado na VII Jornada de Direito Civil, promovida em 2015, com a seguinte redação: "é possível o registro de nascimento dos filhos de pessoas do mesmo sexo originários de reprodução assistida, diretamente no Cartório de Registro Civil, sendo dispensável a propositura de ação judicial, nos termos da regulamentação da Corregedoria local" (Enunciado n. 608). No mesmo caminho, o Enunciado n. 12 do IBDFAM, aprovado no seu X Congresso, do mesmo ano: "é possível o registro de nascimento dos filhos de casais homoafetivos, havidos de reprodução assistida, diretamente no Cartório do Registro Civil". Como se nota, os enunciados possibilitam o registro dos filhos havidos de técnica de reprodução assistida engendrada por casais homoafetivos, sem ação judicial, o que é um passo decisivo para a saudável desjudicialização das contendas

4.3. CRITÉRIO BIOLÓGICO

É o critério da determinação de um filho pelo exame de DNA. Primeiramente, cumpre dizer que o STF tem entendimento pacificado desde 1990 que ninguém pode ser compelido a realizar exame de DNA, sob a pena de ferir-se garantia pessoal da dignidade da pessoa humana.

Todavia, a recusa em realizar o exame gera uma presunção relativa de paternidade em desfavor daquele que se recusou a fazê-lo, nos termos da súmula 301 do STJ:

> ***STJ Súmula 301.*** *Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção (judicial) juris tantum de paternidade.*

A lei 12.004/09 acrescentou o art. 2º-A na Lei 8.560/92 (lei de Investigação de paternidade):

> *Art. 2º-A. Na ação de investigação de paternidade, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, serão hábeis para provar a verdade dos fatos.*
> *Parágrafo único. A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético - DNA gerará a presunção (legal e relativa) da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório.*

Assim, com o novo dispositivo, é a própria Lei que faz essa presunção. É algo mais forte que a presunção judicial que havia antes. Todavia, a presunção continua a ser relativa.

O exame de DNA será gratuito para as pessoas que se declarem pobres na forma da Lei:

> *CPC Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios têm direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.*
> *§ 1º A gratuidade da justiça compreende:*
> *V - as despesas com a realização de exame de código genético - DNA e de outros exames considerados essenciais;*

4.4. CRITÉRIO SOCIOAFETIVO

A filiação socioafetiva decorre de um laço de convivência cotidiana. O velho ditado "pai é quem cria", bem define essa forma de filiação. O CC define a filiação socioafetiva pela "posse do estado de filho".

No que consiste a "posse do estado de filho"? Posse do estado de filho é projeção da teoria da aparência no âmbito da filiação, e significa tratar alguém como se seu filho fosse.

A filiação socioafetiva é uma FICÇÃO JURÍDICA criada pelo direito, para, em respeito ao princípio constitucional da igualdade entre os filhos, garantir os direitos filiatórios do filho, cujo vínculo foi determinado pela convivência cotidiana. São exemplos de filiação socioafetiva (rol exemplificativo):

a) Fertilização heteróloga, com prévia autorização do marido;

b) Adoção;

c) Adoção "à brasileira": registrar como seu um filho que sabe não ser;

d) "Filho de criação";

e) Filho registrado por erro.

O rol é exemplificativo, pois não há como se delimitar previamente todas as situações de posse de estado de filho. Determinada a filiação pelo critério socioafetivo, todos os efeitos familiares vão decorrer automaticamente na relação afetiva, tais como sucessão, alimentos, parentesco, sobrenome etc.

A filiação socioafetiva jamais poderá ser usada para NEGAR a paternidade. A falta de afeto nunca negará o vínculo biológico. O vínculo socioafetivo serve apenas para ESTABELECER um vínculo de filiação.

O critério SOCIOAFETIVO e o critério BIOLÓGICO estão no mesmo patamar (não há hierarquia entre eles), definindo-se qual deverá prevalecer em caso de conflito apenas a luz do caso

concreto.

O que é “DESBIOLOGIZAÇÃO” da paternidade? É o estágio que vive o atual sistema de filiação no direito de família brasileiro, que estabelece que NÃO necessariamente PAI E GENITOR SERÃO A MESMA PESSOA. Na adoção, por exemplo, o pai afetivo será um, ao passo que o genitor será outro, como também na filiação socioafetiva, onde a diferença entre a pessoa do pai e do genitor também ocorre.

A AFETIVIDADE precisa estar presente no momento da sentença? NÃO. A afetividade precisa ser apenas a causa determinante do vínculo, precisa ter sido construída durante a formação do vínculo. A investigação da afetividade será analisada no passado, no tempo em que pai e filho afetivos conviveram. Do contrário, seria possível que pai afetivo, a seu mero talante e a qualquer momento, decidisse não ser mais pai, deixando o filho afetivo em permanente estado de insegurança sobre sua paternidade.

A adoção é a forma mais comum de paternidade socioafetiva.

Pensando na adoção, o filho socioafetivo tem direito de saber sua origem genética (sua família biológica)? STJ já tinha fixado entendimento que o conhecimento a origem genética é direito da personalidade, sendo direito do filho socioafetivo conhecer sua família biológica. O entendimento do STJ foi positivado na redação do art. 48 do ECA.

> ***ECA** Art. 48. O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos.*
> *Parágrafo único. O acesso ao processo de adoção poderá ser também deferido ao adotado menor de 18 (dezoito) anos, a seu pedido, assegurada orientação e assistência jurídica e psicológica.*

A redação do art. 48 do ECA tornou revogável a adoção? Não. A adoção permanece irrevogável e irretratável, mas a irrevogabilidade e irretratabilidade da adoção NÃO impedem que o adotado saiba quem é o seu genitor. Veja-se que não se poderá ingressar com uma demanda visando estabelecer vínculo de PARENTALIDADE com a família biológica, mas nem por isso, será negado o direto de se buscar a origem genética, por meio da ação de investigação de ORIGEM GENÉTICA.

INVESTIGAÇÃO DE ORIGEM GENÉTICA	INVESTIGAÇÃO DE PARENTALIDADE
É exercício dos Direitos da Personalidade, pois busca proporcionar ao seu autor o conhecimento de suas origens.	É exercício de direito de família, ou seja, busca-se investigar quem são seus parentes. Pode ser uma investigação de paternidade, maternidade, avoenga (neto contra o avô).
Somente pode se basear no critério BIOLÓGICO. Isto porque, aqui não se busca estabelecer vínculos parentais, mas sim descobrir a origem da pessoa	Pode se basear tanto em critério biológico, como socioafetivo, pois ambos são critérios que determinam parentesco.

NÃO produz nenhum efeito jurídico-familiar, salvo o impedimento matrimonial eugênico: o direito proporcionado por ela é só do conhecimento da origem. Com relação ao matrimônio, gera o impedimento eugênico por este se basear unicamente nos problemas genéticos que podem ser causados a prole.	Gera efeitos jurídicos de direito de família: tais como herança, alimentos, sobrenome, parentesco etc.
MP NÃO tem legitimidade: isto porque a ação se baseia em direito da personalidade, sendo, por isso, personalíssima.	Legitimidade do MP: aqui há legitimidade do MP, com vistas a proteger os direitos decorrentes dos vínculos parentais de crianças, adolescentes.

Pontos de afinidade entre a ação de investigação de parentalidade e investigação de origem genética:

- Ambas são de competência da vara de família, por serem ações relativas ao estado da pessoa.
- Ambas terão a intervenção do MP como fiscal da Lei. Lembrando que MP só pode ser autor da ação de investigação de parentalidade.
- Ambas são imprescritíveis

OBS: A Súmula 149 do STF estabelece a ação de investigação de paternidade é imprescritível, mas a petição de herança, ainda que cumulada com a investigação, estará sujeita ao prazo prescricional, que será de dez anos.

> ***STF*** *SÚMULA 149. É IMPRESCRITÍVEL A AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE, MAS NÃO O É A DE PETIÇÃO DE HERANÇA.*

1) Acréscimo do nome do padrasto ou da madrasta

> ***Art. 57 da Lei dos Registros Públicos – LRP.*** *§ 8º O enteado ou a enteada, havendo motivo ponderável e na forma dos §§ 2º e 7º deste artigo, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o nome de família de seu padrasto ou de sua madrasta, desde que haja expressa concordância destes, sem prejuízo de seus apelidos de família.*

Essa inclusão de nome não gera qualquer direito patrimonial ou alimentar. Não necessita consentimento dos pais, mas apenas do padrasto ou da madrasta, pois nome refere-se ao direito da personalidade do filho.

E se o filho for menor de idade, e os pais não quiserem representar o filho? Pela nomeação de curador especial, com base no art. 72, I, do NCPC.

> *Art. 72. O juiz nomeará curador especial ao:*
> *I - incapaz, se não tiver representante legal ou se os interesses deste colidirem com os daquele, enquanto durar a incapacidade;*

> *II - réu preso revel, bem como ao réu revel citado por edital ou com hora certa, enquanto não for constituído advogado.*
> *Parágrafo único. A curatela especial será exercida pela Defensoria Pública, nos termos da lei.*

Todavia, nessa hipótese de nomeação de curador especial por não consentimento dos pais ou de algum deles, deverá haver citação dos pais, nos termos do art. 721 do CPC:

> *Art. 721. Serão citados todos os interessados, bem como intimado o Ministério Público, nos casos do art. 178, para que se manifestem, querendo, no prazo de 15 (quinze) dias.*

2) *Anulação do ato registral*

Imagine a seguinte situação hipotética. Felipe nasceu em 01/01/2004, filho de Regina. Em 01/03/2004, ou seja, dois meses depois, João – na época namorado de Regina – registrou Felipe como sendo seu filho. Passaram-se alguns anos de convivência, inclusive com João tratando publicamente Felipe como filho. Todavia, com dúvidas acerca da paternidade, João fez, extrajudicialmente, um exame de DNA e constatou que Felipe não era seu filho biológico. De posse do exame, João ajuizou ação declaratória de inexistência de paternidade contra Felipe, cumulada com a desconstituição do registro. Durante a instrução processual não houve a produção de qualquer prova no sentido de que João teria sido induzido a erro ou coagido a registrar Felipe como seu filho.

O juízo de 1º grau e o Tribunal de Justiça negaram o pedido do autor, que, então, interpôs recurso especial.

O STJ concordou com o pedido de João? NÃO.

Atualmente, a doutrina e a jurisprudência admitem a existência de três diferentes vínculos de filiação:

a) Civil ou registral: de acordo com o registro de nascimento;

b) Biológico: baseado no vínculo genético;

e filho.

c) Socioafetivo: baseado na afetividade, na convivência, na criação de referencial entre pai

É possível que tais vínculos existam isolada ou concomitantemente. Por exemplo, um indivíduo poderá ter, ao mesmo tempo, um pai biológico e um pai socioafetivo. Assim, em regra, para que haja o rompimento desta relação de filiação, é preciso que não exista qualquer um desses vínculos, seja cível, biológico ou socioafetivo.

Se ficar constatado que o pai registral não é o pai biológico, isso acarretará, obrigatoriamente, a anulação do registro de nascimento? NÃO. Segundo a jurisprudência do STJ, a anulação do ato registral, com base na divergência entre a paternidade biológica e a declarada no registro de nascimento, somente será possível se estiverem presentes dois requisitos cumulativos:

1) Prova robusta de que o pai foi induzido a erro ou coagido a efetuar o registro; e
2) Inexistência de relação socioafetiva entre pai e filho registrado.

1º requisito: vício de consentimento

Para que a ação negatória de paternidade seja julgada procedente, é necessária a comprovação do vício de consentimento.

Não é possível ao juiz declarar a nulidade do registro de nascimento com base, exclusivamente, na alegação de dúvida acerca do vínculo biológico do pai com o registrado, sem provas robustas de que, no momento do registro, houve um erro escusável por parte do pai que fez o reconhecimento voluntário da paternidade. É o que se extrai do art. 1.604 do Código Civil:

> *Art. 1.604. Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro.*

O registro possui um "valor absoluto". Logo, não é qualquer erro que justifica a desconstituição do registro. Para que fique caracterizado o vício de consentimento que autoriza a desconstituição do registro, o erro deve ser escusável. Se o erro decorreu de mera negligência de quem registrou, o registro não será anulado.

Ademais, para que fique caracterizado o erro, é necessária a prova do engano não intencional na manifestação da vontade de registrar. Assim, no momento do registro, o pai registral deveria acreditar fielmente ser o verdadeiro pai biológico da criança. A existência de fundadas dúvidas sobre a paternidade da criança elimina a existência de erro escusável.

No caso analisado, observa-se que João passou dois meses para registrar Felipe como seu filho. Tal fato corrobora o entendimento de que João já tinha dúvidas acerca da paternidade de Felipe, de modo que passou um tempo para refletir a respeito do registro.

Ademais, não houve qualquer prova de que João tenha sido induzido em erro ou que tenha sido coagido. Desse modo, não restou preenchido o primeiro requisito para a anulação do ato registral, qual seja, a comprovação da existência de vício de consentimento.

> *"Em processos relacionados ao direito de filiação, é necessário que o julgador aprecie as controvérsias com prudência, para que o Poder Judiciário não venha a prejudicar a criança pelo mero capricho de um adulto que, livremente, o reconheceu como filho em ato público, e posteriormente, por motivo vil*

pretende 'livrar-se do peso da paternidade'." (Min. Nancy Andrighi)

Portanto, o mero arrependimento não pode aniquilar o vínculo de filiação estabelecido, e a presunção de veracidade e autenticidade do registro de nascimento não pode ceder diante da falta de provas insofismáveis do vício de consentimento para a desconstituição do reconhecimento voluntário da paternidade.

2º Requisito: Inexistência de filiação socioafetiva

Mesmo diante da ausência de filiação biológica, é possível manter a paternidade com base na filiação socioafetiva.

O êxito da ação negatória de paternidade depende da demonstração, a um só tempo, de dois requisitos:

a) inexistência da origem biológica;

b) não ter sido construída uma relação socioafetiva entre pai e filho registrais.

A filiação socioafetiva trata-se de um fenômeno social. Apesar de não ter previsão legal, é amplamente acolhida pela doutrina e jurisprudência, buscando-se reconhecer os vínculos de afetividade criados entre a figura do pai e a figura do filho.

A instabilidade das relações conjugais não deve impactar nas relações de natureza filial. A mera comprovação da inexistência de paternidade biológica através do exame do DNA não é suficiente para desconstituir a relação socioafetiva criada entre os indivíduos.

A filiação deve ser entendida como elemento fundamental da identidade do ser humano, da própria dignidade humana. O nosso ordenamento jurídico acolheu a filiação socioafetiva como verdadeira cláusula geral de tutela da personalidade humana.

Assim, para que a ação negatória de paternidade seja julgada procedente, não basta apenas que o DNA prove que o "pai registral" não é o "pai biológico". É necessário também que fique provado que o "pai registral" nunca foi um "pai socioafetivo", ou seja, que nunca foi construída uma relação socioafetiva entre pai e filho (STJ. 4ª Turma. REsp 1.059.214-RS, Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 16/2/2012).

Na situação apresentada, João passou anos tratando Felipe como filho publicamente, o que corrobora a existência de filiação socioafetiva. Ressalta-se que a paternidade socioafetiva não exige que o pai seja carinhoso ou que a relação não seja conflituosa, mas sim que o filho construa esse referencial paterno.

Em suma:

> *A proteção da filiação socioafetiva impede a anulação do ato registral pela mera inexistência de paternidade biológica. STJ. 3ª Turma. REsp 1.829.093-PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 01/06/2021 (Info 699).*

Comprovado o erro escusável no registro do filho não biológico, poderia ser deferida a anulação do registro, caso o pai registral tenha se afastado do suposto filho, rompendo imediatamente o vínculo afetivo? SIM.

Se o marido ou companheiro descobre que foi induzido em erro no momento de registrar a criança e que não é pai biológico do seu filho registral, ele poderá contestar a paternidade, pedindo a retificação do registro (arts. 1.601 e 1.604 do CC). Não se pode obrigar o pai registral, induzido a erro substancial, a manter uma relação de afeto, igualmente calcada no vício de consentimento originário, impondo-lhe os deveres daí advindos, sem que, voluntária e conscientemente, o queira.

Vale ressaltar, no entanto, que, para que o pai registral enganado consiga desconstituir a paternidade, é indispensável que tão logo ele tenha sabido da verdade (da traição), ele tenha se afastado do suposto filho, rompendo imediatamente o vínculo afetivo.

> *Se o pai registral enganado, mesmo quando descobriu a verdade, ainda manteve vínculos afetivos com o filho registral, neste caso ele não mais poderá desconstituir a paternidade. STJ. 3ª Turma. REsp 1330404-RS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 5/2/2015 (Info 555).*

Neste outro julgado, defendeu o Min. Relator, "o estabelecimento da filiação socioafetiva perpassa, necessariamente, pela vontade e, mesmo, pela voluntariedade do apontado pai, ao despender afeto, de ser reconhecido como tal. É dizer: as manifestações de afeto e carinho por parte de pessoa próxima à criança somente terão o condão de convolarem-se numa relação de filiação, se, além da caracterização do estado de posse de filho, houver, por parte daquele que despende o afeto, a clara e inequívoca intenção de ser concebido juridicamente como pai ou mãe daquela criança."

Para o Min. Marco Aurélio Bellizze, "não se pode obrigar o pai registral, induzido a erro substancial, a manter uma relação de afeto, igualmente calcada no vício de consentimento originário, impondo-lhe os deveres daí advindos, sem que, voluntária e conscientemente, o queira. Como assinalado, a filiação socioafetiva pressupõe a vontade e a voluntariedade do apontado pai de ser assim reconhecido juridicamente, circunstância, inequivocamente, ausente na hipótese dos autos."

4.5. CRITÉRIO MULTIPARENTAL

A questão da multiparentalidade foi decidida em repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 898.060/SC, tendo sido reconhecida a possibilidade da filiação biológica concomitante à socioafetiva, por meio de tese assim firmada:

> *A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios. STF. Plenário. RE 898.060/SC, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 21 e 22/09/2016 (Info 840).*

Não se pode admitir que a ausência de lei dispondo sobre a multiparentalidade impeça o reconhecimento da filiação socioafetiva. A possibilidade de cumulação da paternidade socioafetiva com a biológica contempla especialmente o princípio constitucional da igualdade dos filhos (art. 227, § 6º, da CF), sendo expressamente vedado qualquer tipo de discriminação e, portanto, de hierarquia entre eles.

Por essa razão, não é possível haver condições distintas entre o vínculo parental biológico e o afetivo. Isso porque criar status diferenciado entre o genitor biológico e o socioafetivo é, por consequência, conceber um tratamento desigual entre os filhos, o que viola o disposto nos arts. 1.596 do CC e 20 do ECA. Nesse sentido:

> *Na multiparentalidade deve ser reconhecida a equivalência de tratamento e de efeitos jurídicos entre as paternidades biológica e socioafetiva. STJ. 4ª Turma. REsp 1.487.596-MG, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, julgado em 28/09/2021 (Info 712).*

O STJ entendeu que não deve constar na certidão de nascimento o termo “pai socioafetivo”, tendo em vista que isso violaria a isonomia.

> *A possibilidade de cumulação da paternidade socioafetiva com a biológica contempla especialmente o princípio constitucional da igualdade dos filhos (art. 227, § 6º, da CF). Não se deve admitir que na certidão de nascimento conste o termo "pai socioafetivo", bem como não é possível afastar a possibilidade de efeitos patrimoniais e sucessórios quando reconhecida a multiparentalidade. Caso contrário, estar-se-ia reconhecendo a possibilidade de uma posição filial inferior em relação aos demais descendentes do genitor socioafetivo, violando o disposto nos arts. 1.596 do CC/2002 e 20 da Lei n. 8.069/1990. Portanto, reconhece-se a equivalência de tratamento e dos efeitos jurídicos entre as paternidades biológica e socioafetiva na hipótese de multiparentalidade. STJ. 4ª Turma. REsp 1487596/MG, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, julgado em 28/09/2021.*

Foi editado o Provimento 63/17 do CNJ, que institui modelos únicos de certidão de nascimento, casamento e óbito, a serem adotados pelos ofícios de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e da maternidade socioafetivas, sem realizar nenhuma distinção de nomenclatura quanto à origem da paternidade ou da maternidade na certidão de nascimento – se biológica ou socioafetiva.

Sobre o tema, veja o que determina o art. 14 do Provimento 63/17 do CNJ:

> *Art. 14. O reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva somente poderá ser realizado de forma unilateral e não implicará o registro de mais de dois pais e de duas mães no campo FILIAÇÃO no assento de nascimento.*
> *§ 1ª Somente é permitida a inclusão de um ascendente socioafetivo, seja do lado paterno ou do materno.*
> *§ 2º A inclusão de mais de um ascendente socioafetivo deverá tramitar pela via judicial.*

Se a paternidade socioafetiva for reconhecida, a obrigação alimentícia será tanto do pai biológico como do pai socioafetivo. Além disso, do reconhecimento da multiparentalidade também decorrem os efeitos sucessórios. Veja o disposto nos Enunciados 632 e 642 da VIII Jornada de Direito Civil — CJF/STJ:

> *Enunciado 632. Nos casos de reconhecimento de multiparentalidade paterna ou materna, o filho terá direito à participação na herança de todos os ascendentes reconhecidos.*

> *Enunciado 642. Nas hipóteses de multiparentalidade, havendo o falecimento do descendente com o chamamento de seus ascendentes à sucessão legítima, se houver igualdade em grau e diversidade em linha entre os*

ascendentes convocados a herdar, a herança deverá ser dividida em tantas linhas quantos sejam os genitores.

5. (IM) POSSIBILIDADE DE DUPLA PATERNIDADE E/OU MATERNIDADE

Imagine a seguinte situação hipotética: Daniel e João convivem em união estável homoafetiva e resolveram ter um filho. Procuraram, então, uma clínica de fertilização na companhia de Martha, irmã de João, para um programa de inseminação artificial. Daniel e Martha se submeteram ao ciclo de reprodução assistida, culminando na concepção de um embrião. Martha foi a "barriga de aluguel". Este embrião deu origem a Letícia.

Martha, mãe de substituição, por meio de escritura pública, renunciou ao seu poder familiar em relação ao nascituro. Daí, Daniel e João ajuizaram a ação postulando que ambos fossem declarados pais da criança recém-nascida. Eles pediram que fossem reconhecidos como pai biológico (Daniel) e pai socioafetivo (João) de Letícia, mantendo em branco os campos relativos aos dados da genitora, pois a concepção ocorreu mediante inseminação artificial heteróloga e a gestação por substituição.

O Ministério Público se opôs ao pedido alegando a seguinte tese: A mãe está renunciando ao poder familiar e o tio da criança (João) está pretendendo adotá-la. Logo, o que temos aqui é um pedido de adoção unilateral que está sendo feito sem a observância das normas legais.

Essa argumentação do MP foi acolhida pelo STJ? NÃO. Não há que se falar em adoção neste caso.

Relembre o conceito de adoção trazido pelo Código Civil:

> *Art. 1.626. A adoção atribui a situação de filho ao adotado, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes consanguíneos, salvo quanto aos impedimentos para o casamento.*

No caso, não se pretendeu, de forma alguma, via decisão judicial, em processo solene, a destituição de um poder familiar antigo e a instituição de um novo poder familiar. Não se quis apagar completamente a relação familiar anterior e fazer nascer uma nova relação familiar, irretratável e irrevogável. Pelo contrário, buscou-se o reconhecimento da filiação socioafetiva do companheiro do pai biológico. Com isso, não se quis o fim de uma relação paterno-filial anterior, mas a declaração da dupla paternidade da criança pelo casal homoafetivo.

A pretensão, portanto, era de inclusão de dupla paternidade em assento de nascimento de filho havido por técnicas de reprodução assistida, e não destituição de um poder familiar reconhecido pelo pai biológico.

Na I Jornada de Direito Civil do CJF, a questão foi debatida, conforme enunciado nº 111, destacando-se que o instituto da adoção e da reprodução assistida heteróloga atribuem a condição de filho ao adotado e à criança resultante de técnica conceptiva. Na oportunidade, foi feita uma diferenciação no sentido de que, enquanto na adoção haverá o desligamento dos vínculos, na reprodução assistida heteróloga sequer será estabelecido o vínculo de parentesco entre a criança e o doador do material fecundante, no caso dos autos da genitora da menor:

> *Enunciado 111 da I Jornada de Direito Civil: A adoção e a reprodução*

> *assistida heteróloga atribuem a condição de filho ao adotado e à criança resultante de técnica conceptiva heteróloga; porém, enquanto na adoção haverá o desligamento dos vínculos entre o adotado e seus parentes consanguíneos, na reprodução assistida heteróloga sequer será estabelecido o vínculo de parentesco entre a criança e o doador do material fecundante.*

Desse modo, deve ser estabelecida uma distinção entre os efeitos jurídicos da adoção e da reprodução assistida heteróloga, pois, enquanto na primeira há o desligamento dos vínculos de parentesco, na segunda sequer há esse vínculo.

Assim, no caso concreto, a mãe biológica, irmã de um dos autores, não possui vínculo de parentesco com a criança, filha do pai biológico e filha socioafetiva do seu companheiro. Portanto, não merece acolhida a tese sustentada pelo Ministério Público Estadual, pois, em não havendo vínculo de parentesco com a genitora, há tão somente a paternidade biológica da criança, registrada em seus assentos cartorários, e a pretensão declaratória da paternidade socioafetiva pelo companheiro.

O conceito legal de parentesco e filiação tem sido objeto de grandes transformações diante da nova realidade fática, em especial, das técnicas de reprodução assistida e da parentalidade socioafetiva, impondo, assim, ao intérprete da lei uma nova leitura do preceito legal contido no art. 1.593 do CC:

> *Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.*

Vale ressaltar também que o STF já admitiu a possibilidade de existir dupla paternidade:

> *A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios. STF. Plenário. RE 898060/SC, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 21 e 22/09/2016 (Info 840).*

Em suma: É possível a inclusão de dupla paternidade em assento de nascimento de criança concebida mediante as técnicas de reprodução assistida heteróloga e com gestação por substituição, não configurando violação ao instituto da adoção unilateral. STJ. 3ª Turma. REsp 1.608.005-SC, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 14/05/2019 (Info 649).

Importante mencionar também, especialmente para quem estuda para os concursos de cartório, a existência da Portaria 63/2017, do CNJ, que trata sobre o tema nos seguintes termos:

Seção III
Da Reprodução Assistida
Art. 16. O assento de nascimento de filho havido por técnicas de reprodução assistida será inscrito no Livro A, independentemente de prévia autorização judicial e observada a legislação em vigor no que for pertinente, mediante o comparecimento de ambos os pais, munidos de documentação exigida por este provimento.
§ 1º Se os pais forem casados ou conviverem em união estável, poderá somente um deles comparecer ao ato de registro, desde que apresente a documentação referida no art. 17, III, deste provimento.
§ 2º No caso de filhos de casais homoafetivos, o assento de nascimento deverá ser adequado para que constem os nomes dos ascendentes, sem referência a distinção quanto à ascendência paterna ou materna.
Art. 17. Será indispensável, para fins de registro e de emissão da certidão de nascimento, a apresentação dos seguintes documentos:
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.
§ 1º Na hipótese de gestação por substituição, não constará do registro o nome da parturiente, informado na declaração de nascido vivo, devendo ser apresentado termo de compromisso firmado pela doadora temporária do útero, esclarecendo a questão da filiação.
§ 2º Nas hipóteses de reprodução assistida post mortem, além dos documentos elencados nos incisos do caput deste artigo, conforme o caso, deverá ser apresentado termo de autorização prévia específica do falecido ou falecida para uso do material biológico preservado, lavrado por instrumento público ou particular com firma reconhecida.
§ 3º O conhecimento da ascendência biológica não importará no reconhecimento do vínculo de parentesco e dos respectivos efeitos jurídicos entre o doador ou a doadora e o filho gerado por meio da reprodução assistida.
Art. 18. Será vedada aos oficiais registradores a recusa ao registro de nascimento e à emissão da respectiva certidão de filhos havidos por técnica de reprodução assistida, nos termos deste provimento.
§ 1º A recusa prevista no caput deverá ser comunicada ao juiz competente nos termos da legislação local, para as providências disciplinares cabíveis.
§ 2º Todos os documentos referidos no art. 17 deste provimento deverão permanecer arquivados no ofício em que foi lavrado o registro civil.

6. RECONHECIMENTO DE FILHOS

O reconhecimento de filhos no direito brasileiro se submete a dois critérios.

- Reconhecimento voluntário: é o que ocorre por ato espontâneo do pai e/ou da mãe.
- Reconhecimento forçado: se dá através de ação filiatória (ação de investigação de

paternidade).

6.1. RECONHECIMENTO VOLUNTÁRIO DE FILHO

6.1.1. Regras

É ato espontâneo do pai e/ou da mãe, pode ser feito em conjunto ou separadamente.

> *Art. 1.609. O reconhecimento dos filhos havidos FORA DO CASAMENTO (porque no casamento temos o critério da presunção legal) é irrevogável e será feito:*
> *I - no registro do nascimento;*

Mediante declaração de nascido vivo.

> *II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;*
> *Cartório de registro civil.*
> *III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;*

Em que pese a revogabilidade do testamento, é irrevogável a cláusula deste que reconhece o filho.

> *IV - por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.*

No curso de qualquer audiência, ainda que o tema do processo não seja a paternidade, e mesmo que declarada por acidente pelo pai.

> *Parágrafo único. O reconhecimento pode **preceder o nascimento do filho** ou **ser posterior ao seu falecimento**, se ele deixar descendentes.*

Duas regras:

- Pode o nascituro ser reconhecido;
- Pode o filho morto ser reconhecido, mas somente se deixar descendentes (para evitar interesses patrimoniais), os ascendentes não herdam, de modo que inibirá o pai de reconhecer o filho apenas para ser herdeiro.

Tais regras são previstas também no art. 26 do ECA

> *ECA Art. 26 Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou suceder-lhe ao falecimento, se deixar descendentes.*

Todavia, o reconhecimento póstumo do filho encontra limite, só é possível se ele deixou descendentes. Isto porque poderia o pai que nunca considerou o filho, reconhecê-lo apenas para virar sucessor deste, ou seja, usar a facultatividade do reconhecimento como uma conduta de torpeza, buscando auferir vantagem patrimonial indevida. Mas tendo o filho a ser reconhecido deixado descendentes, os ascendentes não herdam, de modo que inibirá o pai de reconhecer o filho apenas para ser herdeiro. Por isso, nessa hipótese, é permitido o reconhecimento póstumo.

6.1.2. Natureza jurídica do ato de reconhecimento de filhos

A natureza jurídica desse ato é de confissão, se enquadrando como ato jurídico em sentido

estrito (com efeitos pré-determinados por lei), sendo por isso IRREVOGÁVEL e IRRETRATÁVEL.

Apesar da irrevogabilidade e irretratabilidade do ato de reconhecimento, é possível sua anulação, por meio de medida judicial que o desconstitua.

6.1.3. Unilateralidade e bilateralidade do reconhecimento de filho

> *Art. 1.614. O filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento, e o menor pode impugnar o reconhecimento, nos quatro anos que se seguirem à maioridade, ou à emancipação.*

- Filho menor – ato unilateral do genitor: Em se tratando de filho menor de idade, o reconhecimento será unilateral, vale dizer, depende somente da vontade do pai.
- Filho maior – ato bilateral – necessidade de consentimento do filho: Em se tratando, porém, de filho maior e capaz, o reconhecimento será bilateral, e depende de anuência do reconhecido. Aqui, mais uma vez, busca-se evitar o comportamento torpe do pai, que busca reconhecer o filho já maior de idade, o qual ele nunca considerou, apenas no intuito de auferir vantagem econômica, como pleitear alimentos.

6.1.4. Características do reconhecimento voluntário de filho

Ato solene, espontâneo, irrevogável, incondicional, personalíssimo (ninguém pode reconhecer meu filho por mim).

OBS: Admite-se o reconhecimento por procurador com poderes especiais (art. 59 da Lei de Registros Públicos).

> ***LRP** Art. 59. Quando se tratar de filho ilegítimo, não será declarado o nome do pai sem que este expressamente o autorize e compareça, por si ou por **procurador especial**, para, reconhecendo-o, assinar, ou não sabendo ou não podendo, mandar assinar a seu rogo o respectivo assento com duas testemunhas.*

6.1.5. Impugnação do reconhecimento de paternidade pelo filho

O CC, no art. 1.614, permite que o filho menor impugne a paternidade que lhe foi reconhecida, desde que tal medida seja adota em até 04 anos após atingir a MAIORIDADE ou ser EMANCIPADO. Este direito é potestativo e se sujeita ao prazo decadencial de 04 anos, contados, como já dito, da maioridade ou da emancipação do filho.

> *Art. 1.614. O filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento, e o menor pode impugnar o reconhecimento, nos quatro anos que se seguirem à maioridade, ou à emancipação.*

6.1.6. Ação negatória de paternidade x Ação de impugnação de paternidade

	Ação NEGATÓRIA de Paternidade	Ação IMPUGNATÓRIA de Paternidade
LEGITIMIDADE	Pai e herdeiros.	Somente o filho.
PRAZO	Imprescritível	Decadencial de 04 anos
FUNDAMENTO	Depende de causa de pedir expressa.	É imotivada, ou seja, basta o pedido do filho.

DISPOSITIVO	CC 1.601. Art. 1.601. Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível. Parágrafo único. Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação.	CC. Art. 1.614. O filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento, e o menor pode impugnar o reconhecimento, nos quatro anos que se seguirem à maioridade, ou à emancipação.

6.2. RECONHECIMENTO JUDICIAL DOS FILHOS

É o que se dá por meio da ação filiatória. Essa ação é a famosa AÇÃO INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE.

OBS: Chaves sustenta não ser o nome investigação de paternidade o mais adequado, pois é possível investigar outras relações de parentesco, tais como o vínculo de maternidade ou a relação parental avoenga, de modo que o nome mais adequado seria AÇÃO INVESTIGATÓRIA DE PARENTALIDADE.

7. AÇÕES DE FAMÍLIA

7.1. AÇÃO INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE

7.1.1. Competência

Sobre a competência para ação investigatória de paternidade, muito importante atentar-se para a Súmula 01 do STJ, a ação de paternidade **cumulada com alimentos** a competência é do foro do DOMICÍLIO DO AUTOR.

> *STJ SÚMULA Nº 1. O foro do domicílio ou da residência do alimentando é o competente para a ação de investigação de paternidade, **quando cumulada com a de alimentos.***

Fazendo-se a leitura a contrário senso da súmula em análise, tem-se que a investigatória de paternidade NÃO cumulada com alimentos segue a regra geral de foro do art. 43 do CPC, ou seja, o foro competente será do domicílio do réu.

> *Art. 46. A ação fundada em direito pessoal ou em direito real sobre bens móveis será proposta, em regra, no foro de domicílio do réu.*

Todavia, tanto em um como em outro caso, temos hipótese de competência relativa, que, como é sabido, não pode ser conhecida de ofício pelo magistrado, nos termos da Súmula 33 do STJ:

> *STJ S.33. A incompetência relativa NÃO pode ser declarada de ofício.*

OBS: Posição de Nelson Nery: sustenta que toda ação de paternidade, em razão do art. 7º, traz consigo implicitamente pedido de alimento.

> *Lei 8560/92 (investigação de paternidade - LIP)*
> *Art. 7° Sempre que na sentença de primeiro grau se reconhecer a paternidade, nela se fixarão os ALIMENTOS provisionais ou definitivos do reconhecido que deles necessite.*

Com base no entendimento de Nelson Nery, Chaves considera que, na verdade, a competência para julgar a ação investigatória SEMPRE será do domicílio do autor.

7.1.2. Cumulabilidade de pedidos

O sistema processual brasileiro permite a cumulação de pedidos em um mesmo processo. Do mesmo modo, na investigação de paternidade pode haver essa cumulação de pedido.

Quando se fala em cumulação de pedidos na ação investigatória, logo se pensa em alimentos. Todavia, outras hipóteses existem, tais como o **pedido de petição de herança** ou a **indenização por danos morais afetivos**.

OBS: quando houver cumulação de pedidos na investigação, sua imprescritibilidade não alcançará os demais pedidos cumulados, nos termos da súmula 149 do STF:

> *STF Súmula nº 149. É IMPRESCRITÍVEL A AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE, MAS NÃO O É A DE PETIÇÃO DE HERANÇA.*

A petição de herança prescreve em 10 anos e ação indenizatória em 03 anos.

7.1.3. Termo inicial dos alimentos na ação investigatória de paternidade

O STJ editou a súmula 277, pacificando a matéria, entendeu que os alimentos na ação investigatória serão devidos desde a citação.

> *STJ S. 277. Julgada procedente a investigação de paternidade, os alimentos são devidos a partir da CITAÇÃO.*

A Súmula 277 do STJ está conectada com o art. 13 da Lei de Alimentos:

> *Art. 13 O disposto nesta lei aplica-se igualmente, no que couber, às ações ordinárias de desquite, nulidade e anulação de casamento, à revisão de sentenças proferidas em pedidos de alimentos e respectivas execuções.*
> *§ 1º. Os alimentos provisórios fixados na inicial poderão ser revistos a qualquer tempo, se houver modificação na situação financeira das partes, mas o pedido será sempre processado em apartado.*
> *§ 2º. Em qualquer caso, os alimentos fixados retroagem à DATA DA CITAÇÃO.*
> *§ 3º. Os alimentos provisórios serão devidos até a decisão final, inclusive o julgamento do recurso extraordinário.*

Obs.: Maria Berenice Dias sustenta que deveria retroagir desde a data da concepção.

No Brasil a única hipótese de alimentos que NÃO serão devidos desde a CITAÇÃO é a hipótese dos alimentos GRAVÍDICOS, que serão devidos desde a **concepção**, além dos alimentos PROVISIONAIS, que serão desde o **despacho da petição inicial**.

> *LAG (lei dos alimentos gravídicos) Art. 2º Os alimentos de que trata esta Lei **compreenderão os valores** suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, **DA CONCEPÇÃO AO PARTO**, inclusive as referentes à alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes. [...]*

Relembrando: alimentos provisórios x provisionais.

PROVISÓRIOS	PROVISIONAIS
São aqueles fixados de imediato na ação de alimentos que segue o rito especial previsto na Lei 7.478/68. Em outras palavras: estão <u>fundados na obrigação alimentar</u> e, por isso, <u>exigem prova pré-constituída do parentesco</u> **(certidão de nascimento)** <u>ou do casamento</u> **(certidão de casamento). São frutos da cognição sumária do juiz antes mesmo de ouvir o réu da demanda.**	São aqueles fixados em outras ações que **<u>não seguem o rito especial mencionado</u>**, visando manter a parte que os pleiteia no curso da lide, por isso sua denominação AD LITEM. São fixados por meio de antecipação de tutela em ações em que não há a mencionada prova pré-constituída, caso da **<u>ação de investigação de paternidade</u>** ou da **<u>ação de reconhecimento e dissolução da união estável</u>**. Nesse sentido, dispõe o art. 1.706 do CC que "os alimentos provisionais serão fixados pelo juiz nos termos da lei processual".

7.1.4. <u>Legitimidade na ação de investigação de paternidade</u>

a) Legitimidade ativa

Pode ser promovida pelo filho, que se for menor, será representado ou assistido. Ainda, até mesmo o nascituro pode ajuizar a demanda.

O filho tem legitimidade ainda que esteja registrado em nome de outro homem. Nesse caso, todavia, haverá um litisconsórcio passivo necessário entre o suposto pai e o pai registral, em razão da natureza jurídica da relação, pois a questão da filiação tem de ser decida da mesma forma para os dois, ou seja, unitariamente (litisconsórcio necessário unitário).

O MP também possui legitimidade para o ingresso desta ação. Essa legitimidade do Parquet independe da existência ou não do procedimento de investigação oficiosa de paternidade.

b) Legitimidade passiva

O réu da investigação de paternidade é o suposto pai. Todavia, se o suposto pai for falecido, a legitimidade passiva será dos HERDEIROS e NÃO do espólio. Isto porque o espólio somente representa os interesses do morto no ÂMBITO PATRIMONIAL, e a ação investigatória é pessoal e trata de DIREITOS EXISTENCIAIS.

Há possibilidade, como já foi dito, de formação de litisconsórcio passivo na ação investigatória.

Mesmo nas hipóteses em que não ostente a condição de herdeira, a viúva poderá impugnar ação de investigação de paternidade post mortem, devendo receber o processo no estado em que este se encontra.
STJ. 4ª Turma. REsp 1.466.423-GO, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 23/2/2016 (Info 578).

7.1.5. <u>Coisa julgada na investigação de paternidade</u>

Para o STJ a coisa julgada na ação de investigação de paternidade segue o regime *secundum eventum probationis* (mesmo modelo das ACPs).

A coisa julgada Secundum Eventum Probationis é a coisa julgada que incide tão somente sobre a prova que foi produzida, ou seja, a coisa julgada não incide sobre a decisão, a menos que tenha se esgotado a possibilidade probatória. Com isso, se uma ação de investigação de paternidade foi julgada improcedente, mas nela não foi realização o exame de DNA, será possível repropor a ação, pois se tem uma prova nova que poderá alterar o resultado da demanda. Mas lembre-se que essa não realização da prova tem de decorrer da impossibilidade de sua realização, e não meramente da recusa das partes em se submeter a ela.

8. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO – OU AÇÃO DE PROVA DA FILIAÇÃO

Tem por finalidade a comprovação do fato da posse do estado de filho cuja aparência resulta de presunção veemente ou de começo de prova escrita por pais ausentes ou falecidos – aqui a paternidade nunca foi discutida, pois o pai sempre se comportou como tal (não cabe o exame de DNA). O exercício de ação cabe com exclusividade ao filho que não pode ser substituído por quem quer que seja. Ação imprescritível.

Os herdeiros não têm direito de iniciativa ao direito de ação. Quando se tratar de filho menor, a ação de prova de filiação poderá ser intentada pelo representante legal.

8.1. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE OU DE IMPUGNAÇÃO DE PATERNIDADE – OU AÇÃO CONTESTATÓRIA DE PATERNIDADE

Destina-se a excluir a presunção da paternidade.

> *CC. Art. 1.601. Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível.*
> *Parágrafo único. Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação.*

Ação personalíssima – exclusiva do esposo (marido da mãe) – ninguém, nem mesmo o filho ou a mãe poderão impugnar a paternidade. Alguns autores entendem ser possível ser ajuizada pelo curador nos casos de interdição). A ação será proposta contra o filho, que se menor, deverá ser representado ou assistido. Considerando que a mãe do menor exerce o poder familiar conjuntamente com o pai, e sendo este o impugnante, cabe a ela a defesa, sem necessidade de nomeação de curador especial (Carlos Roberto Gonçalves entende que a mãe deve ser litisconsorte já que efetuado o registro pela mãe).

Ainda que imprescritível tal ação não poderá ser exercida se fundada **APENAS** em origem genética, em aberto conflito com o estado de filiação. Para que possa ser impugnada a paternidade, independentemente do tempo de seu exercício, terá o marido da mãe que provar não ser o genitor, no sentido biológico (resultado de DNA) e não ter existido o estado de filiação, de natureza socioafetiva, e se foi o próprio declarante perante o registro do nascimento, comprovar que teria agido induzido em erro ou em razão de dolo ou coação.

Tratando-se de ação negatória de paternidade, é competente para a sua apreciação e julgamento, o juízo das varas de família DO FORO DO DOMICÍLIO DO RÉU e não a vara dos registros públicos, porquanto envolve matéria relativa ao estado das pessoas, visto que matéria a filiação, sendo a alteração do registro civil de nascimento mera consequência de acolhimento da

pretensão.

O MP atua como fiscal da lei, mas não pode assumir a qualidade de substituto processual (como nas investigatórias de paternidade).

8.2. IMPUGNAÇÃO AO RECONHECIMENTO

A impugnação ao reconhecimento é exercício do direito a ter ou não como pai ou mãe quem reconheceu o titular da ação como filho, havido fora do casamento ou união estável, posteriormente ao registro. É o oposto da investigação de paternidade. O prazo de quatro anos é decadencial e não pode ser interrompido ou suspenso, mas a jurisprudência moderna está abolindo o prazo pré-estabelecido em face da imprescritibilidade da ação negatória de paternidade.

8.3. IMPUGNAÇÃO DA MATERNIDADE PELA SUPOSTA MÃE

> *Art. 1.608. Quando a maternidade constar do termo do nascimento do filho, **a mãe só poderá contestá-la**, **provando a falsidade do termo**, ou das declarações nele contidas.*

O Art. 1608 do CC admite que a mulher cujo nome conste do registro de nascimento possa impugná-lo, provando a falsidade da declaração. A norma abre exceção à presunção *mater in jure sempre certa est*. – O direito de impugnação é privativo da mãe – não podem seus outros descendentes ou o próprio Ministério Público.

ALIMENTOS

1. CONCEITO

Com base nos ensinamentos de Orlando Gomes e Maria Helena Diniz, os alimentos podem ser conceituados como as prestações devidas para a satisfação das necessidades pessoais daquele que não pode provê-las pelo trabalho próprio. Aquele que pleiteia alimentos é denominado alimentando ou credor, enquanto aquele que deve pagar é o alimentante ou devedor.

Juridicamente não se pode restringir o conceito de alimentos somente em alimentação. Ora, alimentos há de ser mais do que a simples alimentação. Sendo assim, alimentos é tudo aquilo que é necessário para subsistência e manutenção da pessoa com vida digna.

A concepção jurídica de alimentos traz consigo tudo aquilo que é necessário para manter vida digna, abrangendo: saúde, educação, moradia e, até lazer e cultura.

2. FUNDAMENTO

Os alimentos decorrem da *solidariedade social* que, no âmbito da obrigação alimentícia, ganha o nome de *solidariedade familiar* (art. 3º, CF).

> *Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:*
> *I - construir uma sociedade livre, justa e **SOLIDÁRIA;***

O fundamento da obrigação alimentícia é a solidariedade recíproca que se aplica a todos os membros de uma família, ou seja, todas as pessoas que compõem um núcleo familiar assumem a obrigação e têm o direito recíproco de prestar alimentos, manutenção digna de uns e outros.

Não se pode confundir solidariedade com caridade. A caridade é UNILATERAL (quem o faz não olha a quem). Já a solidariedade não tem caráter de liberalidade, mas de reciprocidade, sendo um ato BILATERAL.

A obrigação alimentar, portanto, não é um ato de liberalidade, mas sim de solidariedade familiar. O membro da família que violar o princípio da solidariedade familiar não pode requerer, posteriormente, que os outros membros lhe prestem alimentos.

Por exemplo, pai que nunca prestou alimentos aos filhos não pode pedir aos filhos, no futuro, que eles lhe prestem alimentos. Existe norma-regra no CC que dispõe que pais e filhos se devem reciprocamente alimentos. Mas, como o pai rompeu o princípio da solidariedade, não lhe era lícito requerer alimentos dos filhos.

A obrigação alimentar é uma prova cabal da ***função social da família*****.**

Os alimentos podem ser prestados *in natura* ou *in pecúnia*.

a) ***in natura*****:** fixação de alimentos em plano de saúde e mensalidade escolar.
b) ***in pecúnia*****:** é a pensão alimentícia.

A pensão alimentícia pode ser fixada em salário-mínimo? O art. 7º da CF dispõe que o salário-mínimo não pode servir como indexador.

> *CF Art. 7º, IV - salário-mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo,* ***sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;***

Mas o art. 475-Q, §4º, do antigo CPC, que confirmava a posição do STF, dispunha que era possível fixar os alimentos em salários-mínimos, mesmo que não sejam os alimentos de direito de família.

O CPC/15, em seu art. 533, §4º, mantém a redação.

> ***CPC/2015*** *Art. 533. Quando a indenização por ato ilícito incluir prestação de alimentos, caberá ao executado, a requerimento do exequente, constituir capital cuja renda assegure o pagamento do valor mensal da pensão.*
> *§ 4º A prestação alimentícia poderá ser fixada tomando por base o salário-mínimo.*

Essa, portanto, é uma exceção do dispositivo constitucional. Sendo assim, é plenamente possível fixar alimentos em salários-mínimos, **tanto os alimentos do direito de família como os alimentos de outra natureza.** Neste sentido, a Súmula 490 do STF:

> *Súmula 490 STF: a pensão correspondente a indenização oriunda de responsabilidade civil deve ser calculada com base no salário-mínimo vigente ao tempo da sentença e ajustar-se-á às variações ulteriores.*

3. ESPÉCIES DE ALIMENTOS (CLASSIFICAÇÃO)

Existem 04 critérios classificatórios dos alimentos:

a) Quanto à natureza;

b) Quanto à causa (origem);

c) Quanto ao momento da exigibilidade;

d) Quanto à finalidade.

3.1. QUANTO À NATUREZA DOS ALIMENTOS

3.1.1. Alimentos Civis ou Côngruos

São chamados de côngruos (art. 323, CC do Chile). A regra geral é de que os alimentos são civis, ou seja, os alimentos servem não só para a subsistência, mas também para manutenção social.

Os alimentos civis são, portanto, a regra.

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

3.1.2. Alimentos necessários/Indispensáveis

Os alimentos necessários são exceção, razão pela qual devem estar previstos em lei.

> *CC Art. 1.694, § 2º Os alimentos serão apenas os INDISPENSÁVEIS À SUBSISTÊNCIA, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.*
>
> *Art. 1.704. Se um dos cônjuges separados judicialmente vier a necessitar de alimentos, será o outro obrigado a prestá-los mediante pensão a ser fixada pelo juiz, caso não tenha sido declarado culpado na ação de separação judicial.*
> *Parágrafo único. Se **o cônjuge declarado culpado** vier a necessitar de alimentos, e não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, o outro cônjuge será obrigado a assegurá-los, **fixando o juiz o valor INDISPENSÁVEL À SOBREVIVÊNCIA.***

Os alimentos serão necessários quando decorrerem de culpa de quem o pleiteia, deve ser provada e não presumida. Serão fixados apenas para a sobrevivência.

Exemplo: culpa na separação.

O reconhecimento da culpa não implica em perda do direito a alimentos, mas somente a modificação da natureza da obrigação alimentar, que passa a ser o necessário para a subsistência. A culpa, portanto, tem o condão de tão somente modificar a natureza da obrigação alimentar que

de civil, passa a ser o necessário para a sobrevivência daquele que os pleiteia.

O juiz não pode reconhecer a culpa de ofício, pois depende de pedido da parte.

No que tange ao casamento e a união estável, os critérios de identificação da culpa são meramente exemplificativos. Porém, em relação a parentes, a doutrina identifica 02 critérios para a sua configuração: indignidade SUCESSÓRIA (art. 1.814, CC) e indignidade da DOAÇÃO (art. 557, CC).

> *CC 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.*
>
> *Art. 557. Podem ser revogadas por **ingratidão** as doações:*
> *I - se o donatário atentou **contra a vida** do doador ou cometeu **crime de homicídio doloso** contra ele;*
> *II - se cometeu contra ele **ofensa física**;*
> *III - se o injuriou gravemente ou o caluniou;*
> *IV - se, podendo ministrá-los, recusou ao doador os alimentos de que este necessitava.*

O problema é saber se esses dois critérios devem ser interpretados de forma ampliativa ou restritiva. No que tange aos alimentos e a doação, a doutrina e a jurisprudência entendem que esses critérios são exemplificativos.

> *Enunciado 33, I Jornada de Direito Civil → o novo Código Civil estabeleceu um novo sistema para a revogação da doação por ingratidão, pois o rol legal previsto no art. 557 deixou de ser taxativo, admitindo, excepcionalmente, outras hipóteses.*

Mesmo o cônjuge ou companheiro vítima (inocente) pode ser obrigado a prestar alimentos, que serão puramente necessários.

> *Art. 1704, **§ único** Se o cônjuge declarado culpado vier a necessitar de alimentos, e não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, o outro cônjuge será obrigado a assegurá-los, fixando o juiz o **valor indispensável à sobrevivência**.*

Na prática, será muito difícil diferenciar os alimentos civis e necessários daquele que ganha, por exemplo, UM salário-mínimo.

OBS: a doutrina brasileira criou uma categoria de alimentos com a intenção de manter o status social e econômico, evitando uma desigualdade social. Trata-se dos ***alimentos compensatórios***, que são expressos no CC francês, mas não possuem previsão legal no Brasil.

A doutrina extrai essas espécies de uma interpretação principiológica. Exemplo: casal tem vasto patrimônio, ocorre o divórcio. Ela ganha 5.000 por mês e o marido 100.000, para compensar a perda da condição social, a justiça poderia determinar que o marido pagasse os alimentos (em

tese ela não precisaria).

3.2. QUANTO À CAUSA (ORIGEM) DOS ALIMENTOS

3.2.1. Alimentos Legítimos ou Legais

São aqueles que decorrem de uma relação de direito de família. Exemplo: casamento, união estável.

3.2.2. Alimentos Convencionais ou Voluntários

São aqueles que decorrem de liberalidade, isto é, ato de vontade do alimentante.

O ato de liberalidade pode ser *inter vivos* (doação por subvenção periódica) ou *causa mortis* (legado).

> *Art. 545. A doação em forma de subvenção periódica ao beneficiado extingue-se morrendo o doador, salvo se esta outra coisa dispuser, mas não poderá ultrapassar a vida do donatário.*

3.2.3. Alimentos Ressarcitórios ou Reparatórios

Decorrem da obrigação de indenizar, de reparar danos. Ou seja, de uma sentença em ação de indenização de reparação de danos. Exemplo: morte de parentes em acidente de carro.

> *CC Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:*
> *I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;*
> *II - na **prestação de alimentos** às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.*

Sempre que o juiz fixar uma indenização em quotas periódicas restará configurado os alimentos ressarcitórios.

O juiz, ao fixar alimentos reparatórios, deve determinar que o réu preste uma garantia, qual seja, constituição de capital para assegurar o pagamento.

> *CPC Art. 533. Quando a indenização por **ato ilícito** incluir prestação de alimentos, caberá ao executado, a requerimento do exequente, **constituir capital** cuja renda assegure o pagamento do valor mensal da pensão.*
> *§ 2º O juiz poderá substituir a constituição do capital pela inclusão do exequente **em folha de pagamento de pessoa jurídica de notória capacidade econômica** ou, a requerimento do executado, **por fiança bancária ou garantia real**, em valor a ser arbitrado de imediato pelo juiz.*

A ideia é fazer que essa obrigação alimentícia dilatada no tempo não corra risco. Esse artigo facilita a prestação de garantia, pois o réu poderá prestá-la através do desconto em folha de pagamento.

A prisão civil como meio coercitivo de pagamento só é admitida para os alimentos de direito de família, portanto, só os alimentos legítimos admitem prisão civil pelo inadimplemento (assim como a penhora de salário). Não é admitida prisão civil para os alimentos reparatórios e

convencionais (que permitem apenas o desconto em folha).

3.3. QUANTO AO MOMENTO DA EXIGIBILIDADE

3.3.1. Pretéritos

São os alimentos que estão vencidos há MAIS de 03 meses e que não foram cobrados.

3.3.2. Presentes

São os alimentos vencidos no período dos 03 ÚLTIMOS meses.

3.3.3. Futuros

São os alimentos que ainda não são exigíveis, ou seja, que vão se vencer dentro de uma execução de alimentos. São, portanto, os alimentos VINCENDOS dentro da relação processual.

A prisão civil do devedor não pode ser utilizada como mecanismo de coerção para pagamento dos alimentos pretéritos, mas somente como coerção para o pagamento dos alimentos presentes e futuros.

> ***Súmula 309, STJ*** *→ O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução (presentes) e as que se vencerem no curso do processo (futuros).*

O não pagamento dos **alimentos pretéritos** enseja o ajuizamento de execução patrimonial. Já o não pagamento dos **alimentos presentes e futuros** pode ensejar prisão civil ou execução patrimonial, dependo da escolha do credor. Mas, se tratando de alimentos pretéritos, a cobrança obrigatoriamente deverá ser feita por meio de execução patrimonial.

O fundamento da súmula 309 do STJ é o dever de mitigar as próprias perdas ("*duty to mitigate the loss*"), ou seja, variação da aplicação do abuso do direito que tem como fundamento a boa-fé objetiva.

Ressalta-se que o CPC/2015 acolheu, expressamente, em seu art. 528, §7º o enunciado da Súmula 309 do STJ.

> *Art. 528, §7º - O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende até as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo.*

3.4. QUANTO A FINALIDADE

3.4.1. Alimentos Provisórios

São os alimentos fixados liminarmente, tendo natureza antecipatória (aqui não é antecipação genérica de tutela), exigindo-se como requisito específico prova pré-constituída da obrigação (art. 2º, Lei de Alimentos – Lei 5.478/68).

> ***Lei 5.478/68*** *Art. 2º. O credor, pessoalmente (aqui o indivíduo tem capacidade postulatória!), ou por intermédio de advogado, dirigir-se-á ao juiz competente, qualificando-se, e exporá suas necessidades, provando, apenas, o* ***parentesco ou a obrigação de alimentar*** *(prova pré-constituída) do devedor, indicando seu nome e sobrenome, residência ou local de trabalho, profissão e naturalidade, quanto ganha aproximadamente ou os recursos de que dispõe.*

Os alimentos provisórios devem ser fixados de ofício pelo juiz; o juiz somente não fixará de ofício os alimentos provisórios se a parte autora disser que deles não precisa.

> *Art. 4º* ***As despachar o pedido****, o* ***juiz fixará desde logo alimentos provisórios*** *a serem pagos pelo devedor, salvo se o credor expressamente declarar que deles não necessita.*

Só pode falar de alimentos provisórios em ação de alimentos ou em ação cumuladas com o pedido de alimentos provisórios.

3.4.2. Alimentos Provisionais (antigo art. 852 CPC)

O Novo CPC já não os contempla expressamente, mas o juiz poderá conceder alimentos provisionais. Pode ser medida cautelar preparatória ou incidental. **É uma ação cautelar que necessita do oferecimento da ação principal**.

Segue explicação sobre alimentos provisionais, não mais previsto no CPC.

São alimentos **topologicamente** cautelares. Os alimentos provisionais não têm natureza cautelar, mas foram previstos dentre as medidas cautelares.

OBS: Existem dois tipos de medidas cautelares.

Por natureza: assecuratórias, garantir o resultado útil da demanda. Exemplo: arresto e sequestro. São assecuratórias por essência. São as verdadeiras cautelares.

Por topologia: o antigo CPC estabelecia outras medidas que não são cautelares ontologicamente, pois elas tinham natureza satisfativa. Na verdade, o CPC queria submeter algumas medidas (satisfativas, não cautelares) ao procedimento cautelar. Exemplo: homologação de penhor legal, posse em nome do nascituro, produção antecipada de provas.

Nessas medidas não havia a obrigatoriedade de proposição da ação principal em 30 dias.

> *(Não mais previsto) Antigo CPC Art. 852. É lícito pedir alimentos* ***PROVISIONAIS****:*
> *I - nas ações de desquite e de anulação de casamento, desde que estejam separados os cônjuges;*
> *II - nas ações de alimentos, desde o despacho da petição inicial;*
> *III - nos demais casos expressos em lei.*
> *Parágrafo único. No caso previsto no nº I deste artigo, a prestação alimentícia devida ao requerente abrange, além do que necessitar para sustento, habitação e vestuário, as despesas para custear a demanda.*

Os requisitos necessários para a sua concessão são o *periculum in mora* e o *fumus bonis juris*, isto é, os mesmos de qualquer ação cautelar.

Os alimentos provisionais podem ser pleiteados quando ***NÃO existir prova pré-constituída*** para o ajuizamento da ação de alimentos.

Exemplo: criança que não foi registrada pelo pai, mas foi feito o DNA que deu positivo, sendo ajuizada ação de investigação de paternidade. Nesse caso, cabe uma "cautelar" preparatória ou incidental de fixação de alimentos provisionais enquanto não existir prova pré-constituída da obrigação alimentar. Depois que for processada a ação de investigação de paternidade os alimentos provisionais se convertem em alimentos definitivos.

Sejam os alimentos provisórios ou provisionais, eles sempre ensejam execução definitiva. Ora, não existe execução provisória de alimentos em razão de seu caráter irrepetível. Além disso, a cobrança dos alimentos provisórios e provisionais pode ser feita através da prisão civil.

A diferença em provisórios e provisionais está na causa ou no efeito?! Sob o ponto de vista consequencial, os efeitos são os mesmos, não há diferença entre eles, pois ambos são satisfativos. Sejam os provisórios, sejam os provisionais. Ambos servem para a subsistência, para a manutenção, a diferença se baseia na causa, qual seja: na prova pré-constituída (**provisórios**) ou no fumus e periculum (ou seja, sem prova pré-constituída, - **provisionais**).

Provisórios x Provisionais

PROVISÓRIOS	PROVISIONAIS
São aqueles fixados de imediato na ação de alimentos que segue o rito especial previsto na Lei 7.478/68. Em outras palavras: estão **fundados na obrigação alimentar** e, por isso, **exigem prova pré-constituída do parentesco** (certidão de nascimento) **ou do casamento** (certidão de casamento). São frutos da cognição sumária do juiz antes mesmo de ouvir o réu da demanda.	São aqueles fixados em outras ações que **não sequem o rito especial mencionado**, visando manter a parte que os pleiteia no curso da lide, por isso sua denominação AD LITEM. São fixados por meio de antecipação de tutela ou em liminar concedida em medida cautelar em ações em que não há a mencionada prova pré-constituída, caso da **ação de investigação de paternidade** ou da **ação de reconhecimento e dissolução da união estável**. Nesse sentido, dispõe o art. 1.706 do atual CC que "os alimentos provisionais serão fixados pelo juiz nos termos da lei processual". NÃO ESTÁ PREVISTO NO CPC/2015, MAS CONTINUA EXISTINDO.

3.4.3. Alimentos definitivos

São os alimentos fixados por sentença proferida em ação de alimentos ou em alguma outra ação que contenha pedido de alimentos (exemplo: ação de investigação de paternidade, divórcio, separação).

Os alimentos definitivos são aqueles que estão gravados pela cláusula "*rebus sic stantibus*", ou seja, são fixados para se manterem enquanto a situação fática que os ensejou perdurar. Se houver posterior modificação na necessidade de quem recebe ou na possibilidade de quem presta é possível modificar os alimentos definitivos.

> *Art. 1.699. Se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo.*

Vale dizer, são fixados em sentença para perdurar enquanto mantiver a situação fática subjacente, do momento da sua prolação.

A COISA JULGADA na ação de alimentos é FORMAL ou MATERIAL? A coisa julgada na ação de alimentos é material, pois há o trânsito em julgado, mas com cláusula "*rebus sic stantibus*". Sendo assim, havendo modificação das condições fáticas de quem pleiteia ou de quem presta haverá modificação dos alimentos definitivos.

O pedido e a causa de pedir da ação revisional ou exoneratória são diferentes, então não há litispendência e ambas as sentenças fazem coisa julgada material.

Os alimentos definitivos podem decorrer da conversão dos provisórios ou provisionais.

3.4.4. Alimentos transitórios

Alimentos transitórios são aqueles fixados por um prazo determinado, após o qual cessa a obrigação de alimentar, mesmo que ainda exista necessidade do alimentando e possibilidade do alimentante.

Assim, os alimentos transitórios não obedecem à regra *rebus sic stantibus*, sendo estabelecidos em razão de uma causa temporária e específica. Terminado o prazo fixado, cessa a obrigação de alimentar, mesmo que a situação das partes envolvidas permaneça a mesma.

A Min. Nancy Andrighi, precursora a tratar do tema no STJ, explicou em que consiste o instituto:

> *"alimentos transitórios — de cunho resolúvel — são obrigações prestadas, notadamente entre ex-cônjuges ou ex-companheiros, em que o credor, em regra pessoa com idade apta para o trabalho, necessita dos alimentos apenas até que se projete determinada condição ou ao final de certo tempo, circunstância em que a obrigação extinguir-se-á automaticamente" (REsp 1.388.955/RS, DJe 29/11/2013).*

Em outras palavras, "a obrigação de prestar alimentos transitórios — a tempo certo — é cabível, em regra, quando o alimentando é pessoa com idade, condições e formação profissional compatíveis com uma provável inserção no mercado de trabalho, necessitando dos alimentos apenas até que atinja sua autonomia financeira, momento em que se emancipará da tutela do alimentante — outrora provedor do lar —, que será então liberado da obrigação, a qual se extinguirá automaticamente" (REsp 1.025.769/MG, DJe 01/09/2010).

4. CARACTERÍSTICAS DA OBRIGAÇÃO ALIMENTÍCIA

As características, vistas a seguir, serão:

- Natureza personalíssima;
- Intransmissibilidade;
- Irrenunciabilidade;
- Imprescritibilidade;

- Impenhoráveis e incompensáveis;
- Irrepetíveis;
- Futuridade.

4.1. PERSONALÍSSIMA (INTUITO PERSONA)

Os alimentos são fixados de acordo com as peculiares de quem presta e de quem recebe. A morte de qualquer das partes implica a extinção da obrigação, na medida em que a obrigação é personalíssima.

4.2. INTRANSMISSIBILIDADE

Os alimentos não deveriam admitir transmissão em razão de seu caráter personalíssimo (art.1700 CC).

> *Art. 1.700. A **OBRIGAÇÃO** de prestar alimentos **transmite-se aos herdeiros do devedor**, na forma do art. 1.694.*
>
> *Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.*

Se a obrigação de prestar alimentos é personalíssima, não deveria ser transmitida aos herdeiros do devedor. Na verdade, o que deveria ser transmitido é a prestação alimentícia vencida. Mas não foi isso que o CC dispôs.

Para não violar a igualdade sucessória, precisa-se harmonizar a regra do art. 1.700 do CC com a regra sucessória de que qualquer obrigação não pode ultrapassar os limites da herança. Dessa forma, haverá a imposição de limites para a transmissão dos alimentos.

Limites a Transmissão da Obrigação Alimentícia (doutrina)

- O credor/alimentando não pode ser beneficiário, herdeiro ou legatário do espólio/inventário (Exemplo: ex-mulher pode receber).
- A dívida só será transmitida nos limites das forças da herança.
- A obrigação alimentícia transmitida somente será exigível até a partilha (depois da partilha não existe mais espólio). Ocorrendo a partilha, extingue-se a obrigação, pois com a partilha se extingue o espólio. Assim, extinto o espólio não se justifica mais pagar alimentos.
- Só se pode falar em transmissão da obrigação alimentícia quando o espólio produzir frutos. Se o espólio não produzir frutos, não se transmite a obrigação alimentícia.

4.3. IRRENUNCIÁVEIS (ART.1707, CC)

O credor não pode renunciar aos alimentos, podendo, no máximo, dispensar sua cobrança.

> *Art. 1.707. Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora.*

> ***STF** SÚMULA 379 NO ACORDO DE DESQUITE NÃO SE ADMITE RENÚNCIA AOS ALIMENTOS, QUE PODERÃO SER PLEITEADOS ULTERIORMENTE, VERIFICADOS OS PRESSUPOSTOS LEGAIS.*

OBS.: de acordo com o STJ, os alimentos entre cônjuges e companheiros admitem renúncia; mas, uma vez renunciados, não poderá o cônjuge ou companheiro requerê-lo novamente.

Esse entendimento é um típico exemplo do princípio do *"venire contra factum proprium"* (proibição de comportamento contraditório).

Para Márcio Cavalcante (Dizer o Direito), a Súmula 379 encontra-se superada.

Vê-se, então, que para o STJ os alimentos são irrenunciáveis apenas em relação aos **parentes**, uma vez que em relação aos cônjuges e companheiros poderá haver renúncia.

Não podemos confundir esse entendimento com a Súmula 336 do STJ que dispõe que aquele que renunciou a pensão alimentícia pode receber pensão previdenciária, pois, nesse último caso, não há pensão alimentícia.

> ***STJ** Súmula: 336 A mulher que renunciou aos alimentos na separação judicial tem direito à pensão previdenciária por morte do ex-marido, comprovada a necessidade econômica superveniente.*

Dessa forma, essa Súmula não colide com a posição do STJ que permite a renúncia de alimentos entre cônjuges e companheiros, pois a natureza da pensão previdenciária não se confunde com a natureza da pensão alimentícia.

Os alimentos podem ser dispensados, mas não poderão ser renunciados.

Os alimentos são irrenunciáveis. CERTO. É o que está no CC.

Os alimentos são renunciáveis entre cônjuges, conforme entendimento do STJ. CERTO.

4.4. IMPRESCRITÍVEIS

O que não prescreve é a pretensão de pleitear alimentos. No entanto, o art. 206, § 2º, CC dispõe que o prazo para a execução dos alimentos já fixados é de 02 anos.

> *Art. 206. Prescreve:*
> *§ 2o Em **dois anos**, a pretensão para haver prestações alimentares, a partir da **data em que se vencerem**.*

O prazo da imprescritibilidade não corre para os absolutamente incapazes, só começando o mesmo a correr quando se tonarem relativamente incapazes.

PRAZOS	NÃO há prazos para pleitear alimentos. A pretensão a alimentos é **imprescritível**.	A pretensão para cobrança prescreve em **dois anos do vencimento**.	X	A pretensão para cobrança prescreve em **dois anos do vencimento**.
INÍCIO DO PRAZO PRESCRICIONAL	-	A prescrição se inicia com o **vencimento**.	A prescrição não corre contra **absolutamente** incapaz (art. 198, I). Só se inicia quando o menor completar 16 anos (se tornar **relativamente** incapaz.	A prescrição não corre entre ascendentes e descendentes durante o Poder familiar (art. 197, II, CC). Só se iniciará quando o menor fizer 18 anos ou ocorrer a emancipação

4.5. IMPENHORÁVEIS E INCOMPENSÁVEIS

Essa regra, não é absoluta. Excepcionalmente, os alimentos poderão ser penhoráveis ou sofrer compensação no caso dívida de mesma natureza.

4.6. IRREPETÍVEIS

A única hipótese que os alimentos podem ser cobrados de volta é quando decorrer de má-fé do credor.

Os alimentos constituem ou não obrigação solidária? A solidariedade não se presume, devendo estar prevista em lei. O art.1698, CC prevê, de forma expressa, que a obrigação alimentícia não é solidária.

Os alimentos, contudo, são **subsidiários** e **proporcionais**.

> *Art. 1.698. Se o **parente**, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato (CARÁTER SUBSIDIÁRIO); sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos (CARÁTER PROPORCIONAL), e, **intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide.***

São subsidiários porque somente será possível cobrar do devedor seguinte depois de comprovar a incapacidade do primeiro devedor. Exemplo: só é possível cobrar alimentos dos avós quando provar que o pai e a mãe não têm condições de prestá-los.

São proporcionais porque, havendo mais de um devedor, cada um deles responde pelos alimentos proporcionalmente a sua capacidade contributiva. Exemplo: cada um dos avós responde conforme sua capacidade contributiva.

Pergunta: *"No caso de alimentos requeridos por um menor em desfavor de seu pai,*

demonstrando este não ter suficiência econômica, poderiam os avós ser chamados ao processo? Estaríamos tratando de intervenção de terceiros? Qual modalidade? Quem poderia chamar os avós, o autor ou o réu? Haveria prazo para promover a integração dos avós no processo?" A doutrina diverge e se posiciona em sentidos diferentes referente a última parte do art.1698 CC:

1ª corrente (Fredie Didier e Carlos Roberto Gonçalves): trata-se de litisconsórcio passivo facultativo, assim dependendo da vontade do autor/credor de "chamar ao processo" (demandar) os demais devedores.

2ª corrente (Maria Berenice Dias, Cássio Scarpinella Bueno, Cristiano Chaves): sustentam que trata de uma ***nova modalidade de intervenção de terceiros*** prevista no CC e não litisconsórcio facultativo. Assim, a convocação dos demais coobrigados pode ser tanto pelo autor como pelo réu.

OBS.: não poderia ser chamamento ao processo porque essa intervenção de terceiro só é cabível quando houver obrigação solidária, e nos alimentos não existe obrigação solidária (e sim subsidiária). Fora o fato de que no chamamento é o réu que provém a entrada do devedor solidário na obrigação, é uma intervenção de terceiro ***coacta (provocada).***

Hoje existe um único caso em que os alimentos têm **natureza SOLIDÁRIA**: alimentos fixados em favor de pessoa idosa. Esse dispositivo do Estatuto do Idoso (art. 12) vem sofrendo algumas críticas em razão da quebra da igualdade substancial (idoso, crianças e adolescente recebem uma proteção especial pela CF), uma vez que o ECA não prevê a solidariedade e nem poderia utilizar a interpretação conforme, isso porque solidariedade não se presume. O STJ se mantém firme no sentido de que a obrigação alimentar somente é solidária no que diz respeito ao idoso e não para a criança e adolescente.

> *Estatuto do Idoso - Art. 12. A obrigação alimentar é **solidária**, podendo o idoso optar entre os prestadores.*

4.7. FUTURIDADE (ALIMENTOS SÃO FUTUROS)

Os alimentos não atendem obrigações pretéritas. Não se pode cobrar alimentos antes da constituição da obrigação alimentar a ser determinada por decisão judicial.

5. SUJEITOS DA OBRIGAÇÃO ALIMENTÍCIA

5.1. INTRODUÇÃO

Aqui vigora o princípio da reciprocidade, quem pode dar, pode receber. Casamento, união estável e parentes.

> *Art. 1.694. Podem os **PARENTES**, os **CÔNJUGES** ou **COMPANHEIROS** pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação (regra: alimentos civis ou côngruos).*
>
> *§ 1o Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.*

5.2. CÔNJUGE OU COMPANHEIROS

Os alimentos só podem ser pleiteados depois da ruptura da relação, pois durante a relação os cônjuges e companheiros devem assistência recíproca (cada um contribui com o lar proporcionalmente aos seus ganhos). Esse dever de assistência, na dissolução (do casamento ou união estável) se transmuda em alimentos. Um e outro independem do regime de bens, mesmo que o regime seja de separação, o dever de assistência é proporcional aos recursos do cônjuge.

Os alimentos serão os estritamente necessários para a subsistência se decorrerem de culpa de quem os pleiteia.

Mesmo dentro da ação de divórcio (objeto restrito) existe possibilidade da fixação de alimentos.

Quando um cônjuge constitui novas núpcias ou nova família haverá extinção dos alimentos? Depende.

Se quem constitui nova família é o alimentando/credor, extingue-se a obrigação alimentícia. Já se quem constitui nova família for o alimentante/devedor, não se extingue a obrigação dos alimentos, podendo, a depender do caso, haver uma revisão dos alimentos devidos em face da nova situação em que se encontra aquele que os presta.

Se o credor de alimentos não se casar de novo, mas estiver mantendo relação com outra pessoa, perde os alimentos? Não, porque não se pode exigir do credor de alimentos um comportamento celibatário, ou seja, o credor não sofreu banimento sexual. Dessa forma, o envolvimento com outra pessoa, por si só, não é capaz de extinguir os alimentos ou ser causa para sua revisão, pois se estaria atentando contra a liberdade do credor.

5.3. PARENTES

5.3.1. Regras gerais

Os alimentos são devidos ilimitadamente entre ascendentes e descendentes.

> *Art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.*
>
> *Art. 1.697. Na falta dos ascendentes cabe a obrigação aos descendentes, guardada a ordem de sucessão e, faltando estes, aos irmãos, assim germanos como unilaterais.*

Já entre colaterais, haverá obrigação alimentícia apenas entre os parentes de 2º grau. Sendo assim, só se pode cobrar alimentos do irmão; o tio e o sobrinho são partes ilegítimas para cobrança de alimentos. Para o CC, portanto, os colaterais de 3º e 4º grau e os parentes por afinidades não prestam alimentos entre si.

Maria Berenice Dias defende que, se o colateral de 3º e 4º tem direito de recolher a herança subsidiariamente, pode ser também condenado a pagar alimentos com base no princípio da solidariedade familiar**.** A autora defende que os parentes por afinidade também teriam obrigação de pagar e receber alimentos.

5.3.2. Fundamentos dos alimentos entre ASCENDENTES e DESCENDENTES

- Poder familiar: quando credor tiver ATÉ 18 anos, há presunção de necessidade, razão pela qual o alimentando não precisa provar a necessidade dos alimentos, pois é presumida.

- Regras de parentesco: quando o credor tiver MAIS de 18 anos, haverá necessidade de provar a necessidade dos alimentos.

Dessa forma, no poder familiar, a necessidade é presumida por lei enquanto na regra de parentesco deverá haver prova da necessidade (mutação no ônus da prova da necessidade).

A maioridade civil extingue automaticamente os alimentos? Não, a maioridade civil, por si só, não é causa de exclusão dos alimentos. O que ocorre é que com a maioridade há modificação da natureza dos alimentos, que deixam de se fundamentar no poder familiar e passam a ser regidos pela regra do parentesco que exige prova da necessidade.

> *Súmula 358, STJ → o cancelamento de pensão alimentícia de filho que atingiu a maioridade está sujeito à decisão judicial, mediante contraditório, ainda que nos próprios autos.*

A regra de alimentos entre parentes se aplica aos ascendentes: não esquecer a solidariedade no estatuto do idoso.

Os alimentos entre parentes também podem ser fixados no caso de guarda e tutela (ver ECA).

OBS: O não pagamento da obrigação alimentícia não implica na perda do direito de visitas, até porque o direito de vista é do filho e não do pai. Se retirar o direito de visita o filho será sancionado duas vezes, ou seja, ficará sem ver o pai e sem receber os alimentos.

Da união homoafetiva, pode haver a fixação de alimentos.

5.4. ALIMENTOS GRAVÍDICOS: NASCITURO OU MÃE?

Alimentos do nascituro (gravídicos): de quem é a legitimidade?

LAG (contradição, art. 1º e 6º)

> *Art. 1º Esta Lei disciplina **o direito de alimentos da mulher gestante** e a forma como será exercido.*
>
> *x*

> *Art. 6° Convencido da existência de indícios da paternidade, o juiz fixará **alimentos gravídicos** que perdurarão até o nascimento da criança, sopesando as necessidades da parte autora e as possibilidades da parte ré.*
> *Parágrafo único. Após o nascimento com vida, os alimentos gravídicos ficam convertidos em **pensão alimentícia em favor do menor** até que uma das partes solicite a sua revisão.*

Ainda sobre a LAG:

*LAG Art. 2º Os alimentos de que trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, **DA CONCEPÇÃO AO PARTO**, inclusive as referentes à alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes.*
Parágrafo único. Os alimentos de que trata este artigo referem-se à parte das despesas que deverá ser custeada pelo futuro pai, considerando-se a contribuição que também deverá ser dada pela mulher grávida, na proporção dos recursos de ambos.

Para a concessão dos alimentos gravídicos basta a comprovação dos requisitos das cautelares (meros indícios). Lembrar que retroagem à data da CONCEPÇÃO.

Uma vez fixados alimentos gravídicos pelo juiz, não havendo impugnação, no momento do nascimento, os alimentos serão convertidos automaticamente em definitivos.

O prazo de defesa do réu é somente de 5 dias.

Art. 7º O réu será citado para apresentar resposta em 5 (cinco) dias.

Os alimentos gravídicos podem ser fixados em relação a duas ou mais pessoas, isto é, de todos os supostos pais. E, quando se descobrir quem é o pai, nenhum dos obrigados poderá cobrar do outro aquilo que prestou a título de alimentos, uma vez que eles são irrepetíveis.

6. ASPECTOS PROCESSUAIS (ALIMENTOS: LEI 5478/68)

6.1. NOTAS INICIAIS

Os alimentos se submetem a um procedimento sumaríssimo, mais compactado, o que permite uma maior celeridade já que os atos processuais são concentrados. É o mais rápido de todos os procedimentos.

*Art. 1º. A ação de alimentos é de **RITO ESPECIAL**, independente de prévia distribuição e de anterior concessão do benefício de gratuidade.*
§ 1º A distribuição será determinada posteriormente por ofício do juízo, inclusive para o fim de registro do feito.
§ 2º A parte que não estiver em condições de pagar as custas do processo, sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família, gozará do benefício da gratuidade, por simples afirmativa dessas condições perante o juiz, sob pena de pagamento até o décuplo das custas judiciais.
§ 3º Presume-se pobre, até prova em contrário, quem afirmar essa condição, nos termos desta lei.
§ 4º A impugnação do direito à gratuidade não suspende o curso do processo de alimentos e será feita em autos apartados.

6.2. PROCEDIMENTO DA AÇÃO DE ALIMENTOS

6.2.1. Petição Inicial

A petição inicial será firmada pelo próprio interessado, assistido por advogado, pelo Ministério Público ou por defensor público.

> *Art. 2º O credor, pessoalmente, ou por intermédio de advogado, dirigir-se-á ao juiz competente, qualificando-se, e exporá suas necessidades, provando, **apenas, o PARENTESCO ou a OBRIGAÇÃO DE ALIMENTAR DO DEVEDOR**, indicando seu nome e sobrenome, residência ou local de trabalho, profissão e naturalidade, quanto ganha aproximadamente ou os recursos de que dispõe.*

Segundo o art. 201, inc. III, do ECA, o Ministério Público tem legitimidade para propor ação de alimentos quando se tratar de criança e de adolescente, mesmo que na comarca tenha defensoria.

> *Art. 201, III, ECA → Compete **ao Ministério Público promover e acompanhar as ações de alimentos** e os procedimentos de suspensão e destituição do poder familiar, nomeação e remoção de tutores, curadores e guardiães, bem como oficiar em todos os demais procedimentos da competência da Justiça da Infância e da Juventude;*

6.2.2. Competência

É do domicílio do alimentando (credor). Trata-se de competência relativa, não podendo ser declarada de ofício (STJ S. 33).

6.2.3. Fixação dos alimentos provisórios e despacho inicial

O juiz, ao despachar a inicial, mandará citar o devedor e fixará os alimentos provisórios. Só NÃO haverá fixação de alimentos provisórios se o credor assim requerer.

> *Art. 4º → **As despachar o pedido**, **o juiz fixará desde logo alimentos provisórios** a serem pagos pelo devedor, salvo se o credor expressamente declarar que deles não necessita.*

6.2.4. Citação

Na ação de alimentos a regra geral é a citação VIA POSTAL.

> *LA Art. 5º → O escrivão, **dentro de 48 (quarenta e oito) horas**, remeterá ao devedor a segunda via da petição ou do termo, juntamente com a cópia do despacho do juiz, e a comunicação do dia e hora da realização da audiência de conciliação e julgamento.*

6.2.5. Audiência una de conciliação, instrução e julgamento

Nessa audiência o juiz irá tentar conciliar, instruir e julgar.

a) O juiz só pode desmembrar a audiência em caso de necessidade.

> *Art. 10 → A **audiência de julgamento será contínua** (una); mas, se não for possível, por motivo de força maior, concluí-la no mesmo dia, o juiz marcará a sua continuação para o primeiro dia desimpedido, independentemente de novas intimações.*

b) Cada interessado leva suas testemunhas.

> *art. 8º → Autor e Réu comparecerão à audiência acompanhados de suas testemunhas, **3 (três) no máximo**, apresentando, nessa ocasião, as demais provas.*

c) Se o autor não comparecer, será determinado o arquivamento do processo.

> *Art. 7º → O **não comparecimento do autor determina o ARQUIVAMENTO do pedido**, e a ausência do réu importa em revelia, além de confissão quanto à matéria de fato.*

d) O não comparecimento do réu gera revelia que, no entanto, não implica na confissão ficta porque se trata de direito indisponível (art. 345, II, CPC).

> *CPC*
> *Art. 345. A revelia não produz o efeito mencionado no art. 344 se:*
> *I - havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação;*
> *II - o litígio versar sobre direitos indisponíveis;*

Dessa forma, a revelia não gera presunção de veracidade, continuando o autor obrigado a provar os fatos alegados. Não confundir REVELIA com os EFEITOS DA REVELIA.

Se o réu comparecer sem o advogado poderá haver conciliação, mas caso não haja conciliação, o juiz deverá reconhecer obrigatoriamente a revelia em razão do réu não poder contestar (não é *jus postulandi*).

e) Alegações finais

Como dito acima (audiência una), as alegações finais, o parecer do MP e a sentença devem ocorrer na própria audiência, só podendo haver desmembramento em caso de necessidade (exemplo: necessidade de prova pericial).

> *Art. 11 → Terminada a instrução, poderão as partes e o Ministério Público aduzir alegações finais, em prazo não excedente de 10 (dez) minutos para cada um.*
> *§ único → Em seguida, o juiz renovará a proposta de conciliação e, não sendo aceita, ditará sua sentença, que conterá sucinto relatório do ocorrido na audiência.*

6.2.6. Sentença e Recurso

Há possibilidade de concessão de liminar.

Na sentença o juiz não está limitado ao pedido do autor, razão pela qual não existe nulidade por sentença *ultra petita*, uma vez que os alimentos são fixados pelo juiz.

a) Sentença de procedência

Se a sentença for de procedência, o recurso será recebido meramente no efeito devolutivo para que os alimentos possam ser executados (execução definitiva).

> *Art. 14. Da sentença caberá apelação no **efeito devolutivo**.*

A lei de alimentos fixou como parâmetro para a estipulação da pensão alimentícia um

binômio, que acabou transformado em trinômio pelo CC.

O binômio que deveria ser analisado pelo juiz era a necessidade de quem recebe (credor) e capacidade de quem presta (devedor).

> *Art. 1694, §1º, CC → Os alimentos devem ser fixados na **proporção das necessidades** do reclamante e dos **recursos** da pessoa obrigada.*

Agora, além desses dois elementos, exige-se também proporcionalidade. Ou seja, os alimentos se submetem a uma regra de capacidade, necessidade e proporcionalidade/razoabilidade (trinômio).

b) Sentença de improcedência

Se a sentença for de improcedência, o recurso será recebido no seu DUPLO EFEITO.

Os alimentos provisórios podem ser mantidos caso o juiz não venha a cassá-los expressamente na sentença.

Sentença: coisa julgada material.

Esse procedimento se aplica as ações de **REVISÃO** e **OFERTA DE ALIMENTOS**.

6.2.7. Execução

A execução da obrigação alimentícia admite 04 diferentes possibilidades:

- Desconto em folha de pagamento (somente para os alimentos vincendos).
- Desconto em outras rendas (somente para os alimentos vincendos).
- Execução/coerção patrimonial - penhora (alimentos vencidos e não pagos).
- Prisão civil (alimentos vencidos e não pagos nos últimos 03 meses).

Aqui não se aplica do princípio da execução pelo meio menos gravoso. O exequente escolhe a forma como quer executar.

1 e 2 são para dívidas vincendas
3 e 4 são para dívidas vencidas

Quem escolhe isso? R: O art. 805 do CPC prevê que a execução deve ser pelo meio menos gravoso. Ocorre que aqui, nos alimentos, é o credor quem escolhe a maneira que ele quer receber. Exemplo: desconto em folha, penhora. O interesse é do credor.

7. A COBRANÇA DOS ALIMENTOS NO NCPC (MARIA BERENICE DIAS)

Não há nada mais urgente do que o direito a alimentos, pelo simples fato de assegurar a vida e garantir a sobrevivência. Disto ninguém duvida. No entanto o novo Código de Processo Civil (13.105/2015), parece ter se olvidado da responsabilidade do Estado de garantir, do modo mais célere possível, tanto a busca dos alimentos como o seu adimplemento.

De forma para lá de inusitada é conferida sobrevivência à lei de Alimentos (5.478/1968), que já se encontrava em estado terminal (CPC 693, parágrafo único). Basta atentar que permite à parte dirigir-se diretamente ao juiz, propondo a ação verbalmente e sem representação de advogado.

Art. 693, Parágrafo único. A ação de alimentos e a que versar sobre interesse de criança ou de adolescente observarão o procedimento previsto em legislação específica, aplicando-se, no que couber, as disposições deste Capítulo.

A lei processual toma para si tão só a execução dos alimentos, revogando os artigos 16 a 18 da lei de Alimentos (CPC 1.072, V). Dedica um capítulo ao cumprimento de sentença e de decisão interlocutória (CPC 528 a 533) e outro para a execução de título executivo extrajudicial (CPC 911 a 913).

Art. 1.072. Revogam-se: (Vigência)
V - os arts. 16 a 18 da Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968;

Dispondo o credor de um título executivo – quer judicial, quer extrajudicial – pode buscar sua execução pelo rito da prisão (CPC 528 e 911) ou da expropriação (CPC 528, § 8º e 530), bem como pode pleitear o desconto na folha de pagamento do devedor (CPC 529 e 912).

Art. 528. No cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos, o juiz, a requerimento do exequente, mandará intimar o executado pessoalmente para, em 3 (três) dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo.
§ 1º Caso o executado, no prazo referido no caput, não efetue o pagamento, não prove que o efetuou ou não apresente justificativa da impossibilidade de efetuá-lo, o juiz mandará protestar o pronunciamento judicial, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 517.
§ 2º Somente a comprovação de fato que gere a impossibilidade absoluta de pagar justificará o inadimplemento.
§ 3º Se o executado não pagar ou se a justificativa apresentada não for aceita, o juiz, além de mandar protestar o pronunciamento judicial na forma do § 1º, decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses.
§ 4º A prisão será cumprida em regime fechado, devendo o preso ficar separado dos presos comuns.
§ 5º O cumprimento da pena não exime o executado do pagamento das prestações vencidas e vincendas.
§ 6º Paga a prestação alimentícia, o juiz suspenderá o cumprimento da ordem de prisão.
§ 7º O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende até as 3 (três) prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo.
§ 8º O exequente pode optar por promover o cumprimento da sentença ou decisão desde logo, nos termos do disposto neste Livro, Título II, Capítulo III, caso em que não será admissível a prisão do executado, e, recaindo a penhora em dinheiro, a concessão de efeito suspensivo à impugnação não obsta a que o exequente levante mensalmente a importância da prestação.
§ 9º Além das opções previstas no art. 516, parágrafo único, o exequente pode promover o cumprimento da sentença ou decisão que condena ao pagamento de prestação alimentícia no juízo de seu domicílio.

Art. 529. Quando o executado for funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa ou empregado sujeito à legislação do trabalho, o exequente poderá requerer o desconto em folha de pagamento da importância da prestação alimentícia.
§ 1º Ao proferir a decisão, o juiz oficiará à autoridade, à empresa ou ao empregador, determinando, sob pena de crime de desobediência, o desconto a partir da primeira remuneração posterior do executado, a contar do protocolo do ofício.
§ 2º O ofício conterá o nome e o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas do exequente e do executado, a importância a ser descontada mensalmente, o tempo de sua duração e a conta na qual deve ser feito o depósito.
§ 3º Sem prejuízo do pagamento dos alimentos vincendos, o débito objeto de execução pode ser descontado dos rendimentos ou rendas do executado, de forma parcelada, nos termos do caput deste artigo, contanto que, somado à parcela devida, não ultrapasse cinquenta por cento de seus ganhos líquidos.

Art. 530. Não cumprida a obrigação, observar-se-á o disposto nos arts. 831 e seguintes.

Art. 911. Na execução fundada em título executivo extrajudicial que contenha obrigação alimentar, o juiz mandará citar o executado para, em 3 (três) dias, efetuar o pagamento das parcelas anteriores ao início da execução e das que se vencerem no seu curso, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de fazê-lo.
Parágrafo único. Aplicam-se, no que couber, os §§ 2º a 7º do art. 528.

Art. 912. Quando o executado for funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa, bem como empregado sujeito à legislação do trabalho, o exequente poderá requerer o desconto em folha de pagamento de pessoal da importância da prestação alimentícia.
§ 1º Ao despachar a inicial, o juiz oficiará à autoridade, à empresa ou ao empregador, determinando, sob pena de crime de desobediência, o desconto a partir da primeira remuneração posterior do executado, a contar do protocolo do ofício.
§ 2º O ofício conterá os nomes e o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas do exequente e do executado, a importância a ser descontada mensalmente, a conta na qual deve ser feito o depósito e, se for o caso, o tempo de sua duração.

A execução de alimentos mediante coação pessoal (CPC 528 § 3º e 911, parágrafo único) é a única das hipóteses de prisão por dívida admitida pela Constituição Federal que subsiste (CF 5.º LXVII). A jurisprudência acabou com a possibilidade da prisão do depositário infiel.

Pela nova sistemática é possível buscar a cobrança de alimentos por meio de quatro procedimentos:

a) de título executivo extrajudicial, mediante ação judicial visando a cobrança pelo rito da prisão (CPC 911);

b) de título executivo extrajudicial, pelo rito da expropriação (CPC 913);

c) cumprimento de sentença ou decisão interlocutória para a cobrança de alimentos pelo rito

da prisão (CPC 928);

d) cumprimento de sentença ou decisão interlocutória para a cobrança dos alimentos pelo rito da expropriação (CPC 530).

A eleição da modalidade de cobrança depende tanto da sede em que os alimentos estão estabelecidos (título judicial ou extrajudicial) como do período que está sendo cobrado (se superior ou inferior a três meses).

Não há como restringir o uso da via executiva pelo rito da prisão aos alimentos estabelecidos em título executivo extrajudicial e aos fixados em sentença definitiva ou em decisão interlocutória irrecorrível. De todo equivocada a tentativa restringir a cobrança de alimentos sujeitos a recurso à via expropriatório (CPC 528 § 8º).

O cumprimento da sentença definitiva ou de acordo judicial deve ser promovido nos mesmos autos da ação de alimentos (CPC 531, § 2º). A execução dos alimentos provisórios e da sentença sujeita a recurso, se processa em autos apartados (CPC 531, §1º). Já para executar acordo extrajudicial é necessário o uso do processo executório autônomo (CPC 911).

Havendo parcelas antigas e atuais, não conseguiu o legislador encontrar uma saída. Parece que continua a ser indispensável que o credor proponha dupla execuções, o que só onera as partes e afoga a justiça. A não ser que a cobrança seja feita em sequência. Frustrada a via da prisão, a execução segue pelo rito da expropriação (CPC 530).

A lei dá preferência ao pagamento feito por terceiro: retenção diretamente de rendimentos ou da remuneração do executado, mediante desconto em folha. Tal gera a obrigação do empregador ou do ente público, para quem o alimentante trabalha, de proceder ao desconto, a partir da primeira remuneração do executado, percebida depois de protocolado o ofício do juiz, sob pena de crime de desobediência (CPC 912, § 1º), além de poder ser demandado por perdas e danos.

Ainda que tenha o demandado bens para garantir a execução, é possível o pagamento mediante desconto em folha (CPC 529). Não se trata de modalidade mais gravosa ao devedor (CPC 805) e atende, com vantagem, à necessidade do alimentado, não se justificando que aguarde a alienação de bens em hasta pública para receber o crédito.

Além das parcelas mensais pode ser abatido dos ganhos do alimentante, o débito executado, de forma parcelada, contanto que não ultrapasse 50% de seus ganhos líquidos (CPC 529, § 3º). Apesar de o salário ser impenhorável (CPC 833, IV), a restrição não existe em se tratando de dívida alimentar (CPC 833, § 2.º).

Buscado o cumprimento da sentença ou de decisão interlocutória, se o devedor não pagar e nem justificar o inadimplemento, cabe ao juiz, de ofício, determinar o protesto do procedimento judicial (CPC 528, § 1º). A falta de expressa remissão a tal providência, não impede o protesto quando da execução de alimentos estabelecidos em título executivo extrajudicial (CPC 911, parágrafo único).

Em qualquer hipótese de cobrança o credor pode obter certidão comprobatória da dívida alimentar para averbar no registro de imóveis, no registro de veículos ou no registro de outros bens sujeitos a penhora, arresto ou indisponibilidade (CPC 828). Também é possível ser a dívida inscrita nos serviços de proteção ao crédito, como SPC e SERASA.

Flagrada conduta procrastinatória do executado, havendo indícios da prática do crime de abandono material, cabe ao juiz dar ciência ao Ministério Público (CPC 532).

7.1. CUMPRIMENTO DA SENTENÇA

Os alimentos fixados judicialmente – quer por sentença, quer em decisão interlocutória estabelecendo alimentos provisórios – podem ser exigidos tanto pelo rito da prisão como da expropriação (CPC 528 a 533).

Art. 528. No cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos, o juiz, a requerimento do exequente, mandará intimar o executado pessoalmente para, em 3 (três) dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo.
§ 1º Caso o executado, no prazo referido no caput, não efetue o pagamento, não prove que o efetuou ou não apresente justificativa da impossibilidade de efetuá-lo, o juiz mandará protestar o pronunciamento judicial, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 517.
§ 2º Somente a comprovação de fato que gere a impossibilidade absoluta de pagar justificará o inadimplemento.
§ 3º Se o executado não pagar ou se a justificativa apresentada não for aceita, o juiz, além de mandar protestar o pronunciamento judicial na forma do § 1º, decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses.
§ 4º A prisão será cumprida em regime fechado, devendo o preso ficar separado dos presos comuns.
§ 5º O cumprimento da pena não exime o executado do pagamento das prestações vencidas e vincendas.
§ 6º Paga a prestação alimentícia, o juiz suspenderá o cumprimento da ordem de prisão.
§ 7º O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende até as 3 (três) prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo.
§ 8º O exequente pode optar por promover o cumprimento da sentença ou decisão desde logo, nos termos do disposto neste Livro, Título II, Capítulo III, caso em que não será admissível a prisão do executado, e, recaindo a penhora em dinheiro, a concessão de efeito suspensivo à impugnação não obsta a que o exequente levante mensalmente a importância da prestação.
§ 9º Além das opções previstas no art. 516, parágrafo único, o exequente pode promover o cumprimento da sentença ou decisão que condena ao pagamento de prestação alimentícia no juízo de seu domicílio.
Art. 529. Quando o executado for funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa ou empregado sujeito à legislação do trabalho, o exequente poderá requerer o desconto em folha de pagamento da importância da prestação alimentícia.
§ 1º Ao proferir a decisão, o juiz oficiará à autoridade, à empresa ou ao empregador, determinando, sob pena de crime de desobediência, o desconto a partir da primeira remuneração posterior do executado, a contar do protocolo do ofício.
§ 2º O ofício conterá o nome e o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas do exequente e do executado, a importância a ser descontada mensalmente, o tempo de sua duração e a conta na qual deve ser feito o depósito.
§ 3º Sem prejuízo do pagamento dos alimentos vincendos, o débito objeto de execução pode ser descontado dos rendimentos ou rendas do executado, de forma parcelada, nos termos do caput deste artigo, contanto que, somado à

> *parcela devida, não ultrapasse cinquenta por cento de seus ganhos líquidos.*
> *Art. 530. Não cumprida a obrigação, observar-se-á o disposto nos arts. 831 e seguintes.*
> *Art. 531. O disposto neste Capítulo aplica-se aos alimentos definitivos ou provisórios.*
> *§ 1º A execução dos alimentos provisórios, bem como a dos alimentos fixados em sentença ainda não transitada em julgado, se processa em autos apartados.*
> *§ 2º O cumprimento definitivo da obrigação de prestar alimentos será processado nos mesmos autos em que tenha sido proferida a sentença.*
> *Art. 532. Verificada a conduta procrastinatória do executado, o juiz deverá, se for o caso, dar ciência ao Ministério Público dos indícios da prática do crime de abandono material.*
> *Art. 533. Quando a indenização por ato ilícito incluir prestação de alimentos, caberá ao executado, a requerimento do exequente, constituir capital cuja renda assegure o pagamento do valor mensal da pensão.*
> *§ 1º O capital a que se refere o caput, representado por imóveis ou por direitos reais sobre imóveis suscetíveis de alienação, títulos da dívida pública ou aplicações financeiras em banco oficial, será inalienável e impenhorável enquanto durar a obrigação do executado, além de constituir-se em patrimônio de afetação.*
> *§ 2º O juiz poderá substituir a constituição do capital pela inclusão do exequente em folha de pagamento de pessoa jurídica de notória capacidade econômica ou, a requerimento do executado, por fiança bancária ou garantia real, em valor a ser arbitrado de imediato pelo juiz.*
> *§ 3º Se sobrevier modificação nas condições econômicas, poderá a parte requerer, conforme as circunstâncias, redução ou aumento da prestação.*
> *§ 4º A prestação alimentícia poderá ser fixada tomando por base o salário-mínimo.*
> *§ 5º Finda a obrigação de prestar alimentos, o juiz mandará liberar o capital, cessar o desconto em folha ou cancelar as garantias prestadas.*

Da forma como está dito, a via executória sob a ameaça de prisão só seria possível no cumprimento de sentença definitiva ou de decisão interlocutória irrecorrível. Pelo jeito, não se poderia dar outra interpretação à expressão “desde logo” constante no parágrafo 8º do artigo 528 do Código de Processo Civil. Ou seja, sentenças e decisões deferindo alimentos provisórios sujeitas a recurso, não permitiriam a busca do adimplemento por esta via. No entanto, é de todo descabido e desarrazoado fazer esta leitura do indigitado dispositivo legal. Quer pela natureza da obrigação que diz com o direito à vida, quer porque a Constituição Federal não faz esta distinção ao admitir o encarceramento do devedor de alimentos (CF 5.º LXVII). Cabe atentar que os alimentos são irrepetíveis, tanto que a decisão que reduz ou extingue a obrigação alimentar não dispõe de efeito retroativo. Além disso, de modo expresso, é assegurada a busca do cumprimento de alimentos provisórios (CPC 531), bem como dos fixados em sentença ainda não transitada em julgado (CPC 531, § 1º).

Às claras que, alimentos provisórios, fixados liminar ou incidentalmente, em decisão interlocutória sujeita a recurso, podem ser cobrados por qualquer das modalidades executórias. Da mesma forma é cabível a execução da sentença recorrível (CPC 531 § 1.º). Como a apelação não dispõe de efeito suspensivo (CPC 1.012 II e LA 14) pode haver a busca do pagamento antes de os alimentos se tornarem definitivos, quer pelo rito da prisão, quer pelo da expropriação.

O credor somente pode optar pela cobrança sob pena de prisão (CPC 528 § 3º) quanto às prestações vencidas até três meses antes do ajuizamento da execução (CPC 528 § 7º). Mas basta

o inadimplemento de um mês para o credor buscar o adimplemento, pois a fome não pode esperar.

Mesmo com relação às prestações recentes, independente do período do débito, o credor pode preferir o rito expropriatório (CPC 831 e ss). E este é o único jeito de buscar a cobrança se: não foi aceita a justificativa apresentada o devedor (CPC 528 § 3º) ou se ele já cumpriu a pena de prisão e não pagou (CPC 530).

A execução dos alimentos provisórios e dos estabelecidos em sentença sujeita a recurso se processam em autos apartados (CPC 531 § 1º). A cobrança dos alimentos fixados em sentença definitiva deve ser buscada nos mesmos autos (CPC 531 § 2º).

Para o cumprimento da sentença sob pena de prisão, o executado deve ser intimado pessoalmente para, no prazo de três dias: pagar, provar que já pagou ou justificar a impossibilidade absoluta de efetuar o pagamento (CPC 528).

Mantendo-se omisso, o juiz determina, de ofício, o protesto do pronunciamento judicial (CPC 528 § 1º) e decretada a prisão do devedor pelo prazo de um a três meses (CPC 528 § 3º).

A prisão civil só pode ser decretada diante do inadimplemento de crédito estritamente alimentar. Assim, se o devedor deposita a importância devida a este título, mas não paga os honorários ou as despesas processuais, não é possível decretar ou manter a prisão. Pago o principal e não feito o pagamento das verbas sucumbenciais, prossegue a execução para a cobrança do encargo moratório pelo rito da expropriação.

7.2. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL

Não distingue a lei a origem do título que dá ensejo à cobrança da obrigação alimentar – se judicial ou extrajudicial – para que seja usada a via expropriatória ou a executória de coação pessoal. Não só sentenças, também títulos executivos extrajudiciais, permitem ameaçar o devedor com a prisão (CPC 911).

São títulos executivos extrajudiciais: a escritura pública, o documento particular assinado pelo devedor e duas testemunhas, e a transação referendada pelo Ministério Público, Defensoria Pública, pelos advogados das partes ou pelo mediador ou conciliador credenciado pelo tribunal (CPC 784 II a IV).

Prevista em tais documentos obrigação alimentar, para que seja buscada a execução, quer pelo rito da prisão, quer pelo da expropriação, não é necessária homologação judicial, mas o credor precisa promover uma ação judicial.

Quando o rito for o da coerção pessoal, para cobrança de até três prestações, o réu é citado para pagar em três dias, justificar a impossibilidade de fazê-lo ou provar que já pagou. A citação deve ser pessoal, por meio de oficial de justiça. Tal a lei não diz, mas a conclusão é lógica. Se no cumprimento da sentença a intimação é pessoal (CPC 528), nada justifica postura diferenciada em se tratando de dívida assumida extrajudicialmente.

Buscada a execução pelo rito da expropriação, a citação pode ser pelo correio (CPC 246 I). O devedor tem o prazo de três dias para pagar a dívida e a metade dos honorários (CPC 827 § 1º). Pode opor embargos à execução, independentemente de penhora (CPC 914), no prazo de 15 dias (CPC 915). Rejeitados os embargos, os honorários são elevados até 20% (CPC 827 § 2º).

7.3. RITO DA COAÇÃO PESSOAL

O uso da forma mais eficaz para garantir o pagamento dos alimentos – a ameaça de prisão – é acessível tanto para a cobrança de alimentos fixados judicialmente (CPC 528 § 3º) como em título executivo extrajudicial (CPC 911).

Esta via é restrita à cobrança das três últimas prestações vencidas antes do ajuizamento da execução e mais as que se vencerem no curso do processo (CPC 528 § 7º e 911, parágrafo único).

Não há necessidade de que estejam vencidas três prestações para o credor buscar a cobrança. O inadimplemento de uma única parcela já autoriza o uso da via executória. Também podem ser cobradas parcelas alternadas. Como os alimentos se destinam a garantir a sobrevivência do credor, o vencimento é antecipado. A dívida precisa ser paga de pronto, e qualquer atraso autoriza sua cobrança.

Promovida a execução referente a um número superior de parcelas, cabe ao juiz limitar a demanda, sinalizando ao credor para que faça uso da via expropriatória quanto às parcelas pretéritas. Quando em vez, é relativizado o número das parcelas vencidas, admitindo-se a execução de quantidade maior de prestações. Basta a alegação de que a demora decorreu de manobra procrastinatória do devedor.

Diz a lei que, se o exequente optar pela cobrança “desde logo” (CPC 528 § 8º), somente pode fazê-lo pelo rito da expropriação (CPC 523), não sendo admissível a prisão do executado. Ou seja, alimentos não definitivos, estabelecidos em sentença ou em decisão interlocutória ainda sujeitas a recurso, não poderiam sujeitar o devedor à prisão. No entanto, não há como excluir desta modalidade executória, alimentos provisórios, como expressamente previsto (CPC 531).

O executado deve citado pessoalmente para, no prazo de três dias: pagar, provar que pagou ou justificar a impossibilidade de fazê-lo (CPC 528). O prazo é contado da data da juntada do mandado de citação (CPC 241 II). Caso a citação ocorra por precatória, o prazo tem início quando informado o juiz deprecante de seu cumprimento (CPC 232).

Nada impede que a citação ocorra por hora certa (CPC 252), até porque costuma o executado esquivar-se do oficial de justiça. Ainda que pouco eficaz, nada obsta que a citação seja levada a efeito por edital (CPC 256).

7.4. RITO DA EXPROPRIAÇÃO

Para a cobrança de alimentos vencidos há mais de três meses, somente é possível o uso da via expropriatória, independentemente de ser título executivo judicial (CPC 528) ou extrajudicial (CPC 911).

Tratando-se de título executivo extrajudicial, a cobrança depende da propositura de execução judicial (CPC 913), por quantia certa (CPC 824 e ss).

Na inicial deve o credor indicar os bens a serem penhorados (CPC 829 § 2.º).

Ao despachar a inicial o juiz fixa, de plano, honorários advocatícios de 10% (CPC 827).

O executado é citado pelo correio (CPC 246 I) para, em três dias, efetuar o pagamento da dívida (CPC 827), fluindo o prazo da data da juntada aos autos do aviso de recebimento (CPC 231 I).

Procedendo ao pagamento nesse prazo, a verba honorária é reduzida pela metade (CPC 827 § 1º). Não efetuado o pagamento, o oficial de justiça procede à penhora e à avaliação dos bens. A preferência é sempre penhorar dinheiro (CPC 835). O credor pode, mensalmente, levantar o valor do encargo (CPC 913).

Quando se trata de cumprimento da sentença, o executado é intimado para pagar em 15 dias, sob pena de incidir multa de 10% e honorários advocatícios em igual percentual (CPC 523 § 1º), além de se sujeitar à penhora (CPC 831).

A intimação é feita na pessoa do advogado constituído, por meio de publicação no diário oficial (CPC 513 § 2º). Quando o devedor for representado pela Defensoria Pública ou não tiver representante nos autos, deve ser intimado por carta com aviso de recebimento (CPC 513 § 2º II) ou por edital, se for revel (CPC 513 § 2º IV).

A mora se constitui ante a inércia do devedor que, depois de intimado, deixa fluir o período de 15 dias sem proceder ao pagamento (CPC 523). Diante da omissão, o valor do débito é acrescido de multa de 10% e de honorários de 10% (CPC 523 § 1º). O marco inicial de incidência da multa é a intimação do devedor.

Caso a execução seja levada a efeito após um ano do trânsito em julgado da sentença, a intimação ao devedor é feita, por meio de carta com aviso de recebimento (CPC 513 § 4º). A carta deve ser encaminhada ao endereço constante dos autos. Considera-se realizada a intimação se o devedor tiver mudado de residência sem prévia comunicação ao juízo (CPC 513 § 3º).

Mantendo-se inerte o devedor, deve ser expedido mandado de penhora e avaliação, seguindo-se os atos de expropriação (CPC 523 § 3º e 831). Não há necessidade de o credor pedir, e nem de o juiz determinar tais atos, pois devem ser realizados “desde logo”.

O devedor pode apresentar impugnação, independente da penhora, alegando os temas apontados no rol legal (CPC 525 § 1º).

Penhorado dinheiro, mesmo que a impugnação disponha de efeito suspensivo é possível mensalmente o levantamento do valor da prestação (CPC 528 § 8º). Como se trata de crédito alimentar, descabe a imposição de caução (CPC 521 I).

É, possível a penhora de vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; das quantias recebidas por liberalidade de terceiro, ainda que destinadas ao sustento do devedor e sua família; dos ganhos de trabalhador autônomo e dos honorários de profissional liberal (CPC 833 IV). Também possível a penhora, até o limite de 40 salários-mínimos, do dinheiro depositado em caderneta de poupança (CPC 833 X). A expressão legal é exemplificativa, havendo a possibilidade de penhora de numerário aplicado em outras modalidades de investimento. Sobre esses valores é possível o levantamento mensal do quantum da prestação alimentar (CPC 528 § 8º e 913). Bem como a determinação judicial de constituição de garantia real ou fidejussória (LD 21).

Podem ser penhorados os frutos e rendimentos dos bens inalienáveis (CPC 834), e de parcela dos rendimentos ou rendas do executado, de forma parcelada, contanto que não ultrapasse 50% de seus ganhos líquidos (CPC 529 § 3º).

Para assegurar a constrição de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, cabe a penhora on line (CPC 854): é realizada pelo próprio juiz, por meio eletrônico, junto ao Banco Central – Bacen, dos valores existentes em contas e aplicações financeiras, até o valor do débito. A penhora on line

deve ser levada a efeito antes mesmo da citação do devedor, para evitar que ele, mediante alguma "pedalada", faça desaparecer o numerário que dispõe. Impositivo que se crie um sistema para que a penhora de cotas sociais, de imóveis e de veículos também ocorra de forma eletrônica.

No prazo de 15 dias da juntada aos autos do mandado de citação, o executado pode oferecer embargos à execução (CPC 915), independentemente de penhora, depósito ou caução (CPC 914). Os embargos não dispõem de efeito suspensivo (CPC 919). No prazo dos embargos, o executado, procedendo ao depósito de 30% do valor da execução, mais custas e honorários, pode requerer o parcelamento do saldo, em até seis parcelas mensais, devendo o valor ser devidamente corrigido e acrescido de juros de um por cento ao mês (CPC 916). A opção pelo parcelamento importa em renúncia ao direito de opor embargos (CPC 916 § 6º).

Por falta de previsão, a tendência é não admitir o pagamento parcelado na execução de alimentos pelo rito da prisão.

O deferimento do pedido de parcelamento depende da concordância do credor (CC 314). Não é um direito do devedor. O parcelamento não autoriza a redução da verba honorária (CPC 827). O não pagamento, além de acarretar o vencimento das parcelas subsequentes, leva ao prosseguimento da execução e à imposição de multa de 10% sobre o valor não pago (CPC 916 § 5º II).

Rejeitados os embargos, o recurso não dispõe de efeito suspensivo (CPC 1.012 III).

O bem penhorado é alienado em hasta pública, vertendo o produto da venda para o credor. A alienação pode ser levada a efeito por iniciativa particular do credor (CPC 880). Sendo penhorado bem indivisível, a quota parte do coproprietário ou do cônjuge alheio à execução recai sobre o produto da alienação do bem (CPC 843). Não só o credor, também o seu cônjuge, companheiro, ascendentes ou descendentes podem adjudicar o bem penhorado por preço não inferior ao da avaliação (CPC 876 § 6.º).

Inadimplida a obrigação alimentar, o terceiro que pagar o débito resta sub-rogado no crédito, bem como na modalidade executória que lhe é inerente. Assim, deixando o alimentante de arcar com a pensão, realiza o pagamento por outra pessoa, fica ela autorizada a proceder à cobrança nos mesmos autos, ainda que não possa ser utilizado o rito executório da prisão (CPC 778 IV).

A obrigação só se extingue quando o devedor pagar as parcelas vencidas e todas as que se venceram durante o processo e mais honorários, multa e custas (CPC 323).

TUTELA E CURATELA

1. DIREITO DE FAMÍLIA ASSISTENCIAL

*Livro do Tartuce.

A tutela e a curatela constituem institutos de direito assistencial para a defesa dos interesses dos incapazes, visando à realização de atos civis em seu nome. A diferença substancial entre as duas figuras é que a tutela resguarda os interesses de menores não emancipados, não sujeitos ao poder familiar, com o intuito de protegê-los. Por seu turno, a curatela é categoria assistencial para a defesa dos interesses de maiores incapazes, devidamente interditados.

O art. 1.072, II, do CPC/2015 revogou expressamente os arts. 1.768 a 1.773 do Código Civil,

que tratavam da curatela.

Curioso perceber que a recente Lei 13.146/2015, que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência, alterou artigos do Código Civil sobre a matéria. Todavia, alguns desses dispositivos foram revogados pelo CPC, em um verdadeiro cochilo do legislador que gerou o atropelamento de uma norma jurídica por outra.

A priori, parece-nos que tais normas do citado Estatuto terão vigência por curto período, a partir da sua entrada em vigor, no início do mês de janeiro de 2016, até o dia 18 de março de 2016, quando passa a vigorar o Novo CPC.

Ademais, sem qualquer atropelamento legislativo, o citado Estatuto da Pessoa com Deficiência alterou de forma substancial o tratamento relativo aos absoluta e relativamente incapazes, previstos nos arts. 3.º e 4.º do Código Civil. O objetivo foi a plena inclusão social das pessoas que apresentem algum tipo de deficiência.

Reafirme-se, para fins didáticos, quanto aos absolutamente incapazes, passaram a ser apenas os menores de 16 anos, não havendo mais menção aos enfermos e deficientes mentais sem discernimento para a prática dos atos da vida civil (antigo inciso II do art. 3.º do Código Civil). Além disso, as pessoas que por causa transitória ou definitiva não puderem exprimir vontade deixaram de compor o inciso III do art. 3.º, e agora constam do art. 4.º, III, como relativamente incapazes. Em suma, não existem mais pessoas maiores que são incapazes.

Em relação à pessoa com deficiência, reafirme-se que são plenamente capazes, especialmente para atos existenciais de natureza familiar. Conforme o art. 6.º da Lei 13.146/2015, a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: a) casar-se e constituir união estável; b) exercer direitos sexuais e reprodutivos; c) exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e deter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; d) conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; e) exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e f) exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Eventualmente, para negócios jurídicos mais complexos, de cunho patrimonial, a pessoa com deficiência poderá fazer uso da tomada de decisão apoiada, instituto que ainda será aqui estudado, igualmente incluído pela Lei 13.146/2015.

No que diz respeito aos relativamente incapazes, repise-se que não houve alteração nos incisos I (menores entre 16 e 18 anos) e IV (pródigos) do art. 4.º do CC/2002. Porém, foi retirada a menção às pessoas com discernimento mental reduzido do seu inciso II. Agora somente estão expressos na norma os ébrios habituais (alcoólatras) e os viciados em tóxicos. Ademais, não há previsão quanto aos excepcionais sem desenvolvimento completo (inciso III do art. 4.º, o que tinha aplicação ao portador de Síndrome de Down. O preceito passou a mencionar as pessoas que por causa transitória ou definitiva não puderem exprimir sua vontade, conforme antes estava no art. 3.º, III, da codificação material. Eventualmente, como qualquer outra pessoa, o deficiente poderá até se enquadrar em qualquer um desses incisos do art. 4.º da codificação material. Todavia, em regra, é considerado como plenamente capaz para os atos civis, reafirme-se.

Em suma, houve uma verdadeira revolução na teoria das incapacidades, o que repercute diretamente para os institutos de direito assistencial, em especial para a curatela.

2. TUTELA

2.1. INTRODUÇÃO

De acordo com o CC tutela é a colocação de um menor órfão em família substituta. O CC parte da premissa de que a tutela e curatela são institutos protetivos de um incapaz, todavia, atuando em campos distintos. Observe que a curatela é cabível sempre que alguém com maior de 18 sofre de incapacidade psicológica. A tutela, por seu turno é um sucedâneo do Poder Familiar, é um substituto do Poder familiar, pois ela só abrange o menor órfão de pai e mãe ou que teve pai e mãe destituídos do Poder Familiar, sendo, portanto, inserido em família substituta.

> ***Art. 1.728.*** *Os filhos menores são postos em tutela:*
> *I - com o falecimento dos pais, ou sendo estes julgados ausentes;*
> *II - em caso de os pais decaírem do poder familiar.*

Vale a lembrança que família substituta não mais se confunde com família natural ou ampliada. Conforme o ECA, para fins de proteção da criança e adolescente, podem ser três os tipos de família:

1- Família natural: é a família de nascimento da criança

2- Família Ampliada ou Estendida: é a família formada pelos parentes que não o pai e a mãe do menor, mas que com ele mantenham vínculo, incluindo os parentes por afinidade.

3- Família Substituta: é a família em que a criança é inserida por meio da guarda, tutela ou adoção.

Por isso, se o pai e mãe do menor vêm a óbito, o menor será colocado em família substituta através de tutela. Mas veja-se que essa medida só é utilizada se ambos os pais falecerem. Isto porque se um dos pais apenas vem a falecer, o outro assume integralmente o Poder familiar.

Sempre bom lembrar que separação, divórcio e dissolução e União Estável não afetam o exercício do Poder familiar. Isto porque mesmo depois da dissolução do vínculo, os pais continuam responsáveis pelos filhos.

2.2. ESPÉCIES DE TUTELA

2.2.1. Tutela documental

A tutela será documental quando pai e mãe através de documento autêntico, conjuntamente nomeiam tutor.

> ***Art. 1.729.*** *O direito de nomear tutor compete aos pais, em conjunto.*
> *Parágrafo único - A nomeação deve constar de testamento ou de qualquer outro documento autêntico.*

2.2.2. Tutela testamentária

A tutela será testamentária quando for feita no testamento, que poderá ser tanto público quando privado.

OBS: é nula a tutela documental ou testamentária quando pai ou a mãe que a instituírem não estiverem na titularidade do Poder familiar

> ***Art. 1.730.*** *É nula a nomeação de tutor pelo pai ou pela mãe que, ao tempo de sua morte, não tinha o poder familiar*

2.2.3. Tutela legítima

Se não houver indicação nem em documento autenticado, tampouco em testamento, o CC atribui a tutela a um rol de legitimados:

> ***Art. 1.731.*** *Em falta de tutor nomeado pelos pais incumbe a tutela aos parentes consanguíneos do menor, por esta ordem:*
> *I - aos ascendentes, preferindo o de grau mais próximo ao mais remoto;*
> *II - aos colaterais até o terceiro grau, preferindo os mais próximos aos mais remotos, e, no mesmo grau, os mais velhos aos mais moços; em qualquer dos casos, o juiz escolherá entre eles o mais apto a exercer a tutela em benefício do menor (aqui se tem uma clara manifestação da doutrina da proteção integral, pois estabelece que o rol não é preferencial, cabendo ao juiz determinar o tutor mais apto).*

2.2.4. Tutela dativa

Ocorre no caso de inexistência de parente consanguíneo ou de, em existindo, nenhum deles for idôneo para o encargo, situação em que o juiz nomeará um terceiro de sua confiança

> ***Art. 1.732.*** *O juiz nomeará tutor idôneo e residente no domicílio do menor:*
> *I - na falta de tutor testamentário ou legítimo;*
> *II - quando estes forem excluídos ou escusados da tutela;*
> *III - quando removidos por não idôneos o tutor legítimo e o testamentário.*

Em se tratando de irmãos, deverá o Juiz dar um só tutor para ambos, com vistas a preservar a família natural e da família ampliada.

> *Art. 1.733. Aos irmãos órfãos dar-se-á um só tutor.*
> *§ 1º No caso de ser nomeado mais de um tutor por disposição testamentária sem indicação de precedência, entende-se que a tutela foi cometida ao primeiro, e que os outros lhe sucederão pela ordem de nomeação, se ocorrer morte, incapacidade, escusa ou qualquer outro impedimento.*
> *§ 2º Quem institui um menor herdeiro, ou legatário seu, poderá nomear-lhe curador especial para os bens deixados, ainda que o beneficiário se encontre sob o poder familiar, ou tutela.*

O art. 1.734 foi alterado, revogando-se a antiga ***tutela funcional***, que atribuía a tutela de menor a dirigente de estabelecimento a tutela de menores órfãos. Hoje, nesse caso, os menores terão tutores nomeados pelo Juiz, ou serão encaminhados para lista de adoção.

> *Art. 1.734. As crianças e os adolescentes cujos pais forem desconhecidos, falecidos ou que tiverem sido suspensos ou destituídos do poder familiar terão tutores nomeados pelo Juiz ou serão incluídos em programa de colocação familiar, na forma prevista pela Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente*

O que é tutela compartilhada? É a nomeação e dois ou mais tutores simultaneamente. Apesar de não prevista no CC, a doutrina defende sua possibilidade, conforme se vê pela doutrina de Maria Berenice Dias, que aduz ser possível por analogia a guarda compartilhada.

Para alguns, o §1º do art. 1.732 será óbice a essa tutela:

> *Art. 1.732, § 1º No caso de ser nomeado mais de um tutor por disposição testamentária sem indicação de precedência, entende-se que a tutela foi cometida ao primeiro, e que os outros lhe sucederão pela ordem de nomeação, se ocorrer morte, incapacidade, escusa ou qualquer outro impedimento*

Chaves diz que mesmo diante desse dispositivo é possível, dado ao princípio do melhor interesse da criança do ECA.

Protutor: é o auxiliar do Juiz na fiscalização do tutor. É, portanto, um mero auxiliar do Juiz. O art. 1742 permite que o juiz, de ofício ou por requerimento, nomeio um protutor

> *Art. 1.742. Para fiscalização dos atos do tutor, pode o juiz nomear um protutor.*

Essa fiscalização hoje só se mostra necessária quando o pupilo (tutelado) tiver patrimônio considerável. Isto porque nas demais relações pode bem o Juiz exercer por si a fiscalização. A grande questão é que o protutor responde solidariamente com o tutor pelos prejuízos causados ao tutelado.

2.3. DOS INCAPAZES DE EXERCER TUTELA

> *CC Art. 1.735. Não podem ser tutores e serão exonerados da tutela, caso a exerçam:*
> *I - aqueles que não tiverem a livre administração de seus bens;*
> *II - aqueles que, no momento de lhes ser deferida a tutela, se acharem constituídos em obrigação para com o menor, ou tiverem que fazer valer direitos contra este, e aqueles cujos pais, filhos ou cônjuges tiverem demanda contra o menor;*
> *III - os **inimigos do menor**, ou de seus pais, ou que tiverem sido por estes expressamente excluídos da tutela;*
> *IV - os **condenados por crime** de furto, roubo, estelionato, falsidade, contra a família ou os costumes, tenham ou não cumprido pena;*
> *V - as **pessoas de mau procedimento**, ou falhas em probidade, e as culpadas de abuso em tutorias anteriores;*
> *VI - aqueles que exercerem função pública incompatível com a boa administração da tutela.*

2.4. DAS ESCUSAS DOS TUTORES

CC Art. 1.736. Podem escusar-se da tutela:
I - mulheres casadas;
II - maiores de sessenta anos;
III - aqueles que tiverem sob sua autoridade mais de três filhos;
IV - os impossibilitados por enfermidade;
V - aqueles que habitarem longe do lugar onde se haja de exercer a tutela;
VI - aqueles que já exercerem tutela ou curatela;
VII - militares em serviço.

Art. 1.737. Quem não for parente do menor não poderá ser obrigado a aceitar a tutela, se houver no lugar parente idôneo, consanguíneo ou afim, em condições de exercê-la.

Art. 1.738. A escusa apresentar-se-á nos dez dias subsequentes à designação, sob pena de entender-se renunciado o direito de alegá-la; se o motivo escusatório ocorrer depois de aceita a tutela, os dez dias contar-se-ão do em que ele sobrevier.

Art. 1.739. Se o juiz não admitir a escusa, exercerá o nomeado a tutela, enquanto o recurso interposto não tiver provimento, e responderá desde logo pelas perdas e danos que o menor venha a sofrer.

2.5. CONSENTIMENTO DO TUTELADO

O art. 28, §2º, do ECA expressamente estabelece que para colocação do ADOLESCENTE – menor com MAIS de 12 anos - em **família substituta**, será imprescindível o seu consentimento:

ECA Art. 28, § 2º Tratando-se de maior de 12 (doze) anos de idade, será necessário seu consentimento, colhido em audiência

Com relação ao menor de 12 anos – criança -, NÃO se exige o consentimento, mas sempre que possível deve ser ouvido, e sua opinião deverá ser tomada em conta pelo juiz, apesar de não ser vinculativa, nos termos do 28, §1º do ECA:

ECA Art. 28, § 1º Sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada.

2.6. DISPENSA DE ESPECIALIZAÇÃO DE HIPOTECA LEGAL

Conforme vimos, a tutela confere ao tutor a administração da pessoa e do patrimônio do tutelado. Assim, como o tutor pode realizar atos de disposição do patrimônio do tutelado, exigia-se de todo e qualquer tutor que prestasse uma garantia imobiliária, como forma de assegurar eventual prejuízo causado ao patrimônio do tutelado.

Ocorre que o art. 37 do ECA, pensando em diminuir requisitos que impedissem que o melhor tutor fosse o nomeado para exercício da tutela, dispensou a especialização da hipoteca legal, permitindo que mesmo que assumam a tutela mesmo tutores sem patrimônio para especializar:

> *ECA Art. 37. O tutor nomeado por testamento ou qualquer documento autêntico, conforme previsto no parágrafo único do art. 1.729 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil,* ***deverá, no prazo de 30 (trinta) dias após a abertura da sucessão, ingressar com pedido destinado ao controle judicial do ato****, observando o procedimento previsto nos arts. 165 a 170 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência*
> *Parágrafo único. Na apreciação do pedido, serão observados os requisitos previstos nos arts. 28 e 29 desta Lei, somente sendo deferida a tutela à pessoa indicada na disposição de última vontade,* ***se restar comprovado que a medida é vantajosa ao tutelando e que não existe outra pessoa em melhores condições de assumi-la.***

Nesse ponto, o art. 1.745 estabeleceu como regra geral a dispensa da hipoteca legal, somente se exigindo a hipoteca nos casos em que o patrimônio do menor for considerável, mesmo assim podendo o Juiz dispensá-la no caso de tutor idôneo:

> *Art. 1.745. Os bens do menor serão entregues ao tutor mediante termo especificado deles e seus valores,*
> *ainda que os pais o tenham dispensado.*
> *Parágrafo único. Se o patrimônio do menor for de valor considerável, poderá o juiz condicionar o exercício da tutela à prestação de caução bastante, podendo dispensá-la se o tutor for de reconhecida idoneidade.*

2.7. RESPONSABILIDADE DO MAGISTRADO

O art. 1.744 traz uma rara hipótese de responsabilidade direta e pessoal do Juiz, quando não nomear tutor ou fizer inoportunamente.

Ainda, será subsidiária a responsabilidade do Juiz quando não tiver garantia ou deixasse de remover tutor quando deveria tê-lo feito:

> *Art. 1.744. A responsabilidade do juiz será:*
> *I -* ***direta e pessoal****, quando não tiver nomeado o tutor, ou não o houver feito oportunamente;*
> *II -* ***subsidiária****, quando não tiver exigido garantia legal do tutor, nem o removido, tanto que se tornou suspeito.*

2.8. REMUNERAÇÃO, REPONSABILIDADE E PRESTAÇÃO DE CONTAS PELO TUTOR

2.8.1. Incumbências

> *Art. 1.740. Incumbe ao tutor, quanto à pessoa do menor:*
> *I -* ***dirigir-lhe a educação****, defendê-lo e prestar-lhe alimentos, conforme os seus haveres e condição;*
> *II - reclamar do juiz que providencie, como houver por bem,* ***quando o menor haja mister correção****;*
> *III -* ***adimplir os demais deveres que normalmente cabem aos pais****, ouvida a opinião do menor, se este já contar doze anos de idade.*
>
> *Art. 1.741. Incumbe ao tutor, sob a inspeção do juiz,* ***administrar os bens do tutelado****, em proveito deste, cumprindo seus deveres com zelo e boa-fé.*

2.8.2. Remuneração

O tutor terá remuneração proporcional ao valor dos bens administrados.

> *Art. 1.752. O tutor responde pelos prejuízos que, por culpa, ou dolo, causar ao tutelado; mas tem direito a ser pago pelo que realmente despender no exercício da tutela, salvo no caso do art. 1.734, e a perceber **remuneração proporcional à importância dos bens administrados**.*

Como se vê claramente pela interpretação a contrário sensu do dispositivo, se o menor não tiver patrimônio, ou se este for ínfimo, o tutor não terá direito a qualquer remuneração

OBS: O CC também prevê remuneração do protutor, que, todavia, será módica:

> *1.752, § 1º -Ao protutor será arbitrada uma gratificação módica pela fiscalização efetuada.*

2.8.3. Responsabilidade do Tutor

O tutor responde civilmente por danos causados a pessoa ou ao patrimônio do tutelado. Essa responsabilidade do tutor será subjetiva, ou seja, o tutor só responde se provada sua culpa.

> *Art. 1.752. **O tutor responde pelos prejuízos que, por culpa, ou dolo, causar ao tutelado**; mas tem direito a ser pago pelo que realmente despender no exercício da tutela, salvo no caso do art. 1.734, e a perceber remuneração proporcional à importância dos bens administrados.*
> *§ 2º São solidariamente responsáveis pelos prejuízos as pessoas às quais competia fiscalizar a atividade do tutor, e as que concorreram para o dano.*

OBS: como se vê do dispositivo, o protutor responde solidariamente com o tutor, quando atuar.

2.8.4. Prestação de contas

O tutor tem obrigação de prestar contas a cada 02 anos ou quando deixar o múnus, ou ainda quando o Juiz lhe exigir.

> *Art. 1.755. Os tutores, **embora o contrário tivessem disposto os pais dos tutelados**, são obrigados a prestar contas da sua administração.*

Art. 1.757. Os tutores prestarão contas de dois em dois anos, e também quando, por qualquer motivo, deixarem o exercício da tutela ou toda vez que o juiz achar conveniente.
Parágrafo único. As contas serão prestadas em juízo, e julgadas depois da audiência dos interessados, recolhendo o tutor imediatamente a estabelecimento bancário oficial os saldos, ou adquirindo bens imóveis, ou títulos, obrigações ou letras, na forma do § 1º do art. 1.753.

Art. 1.753. Os tutores não podem conservar em seu poder dinheiro dos tutelados, além do necessário para as despesas ordinárias com o seu sustento, a sua educação e a administração de seus bens.
§ 1o Se houver necessidade, os objetos de ouro e prata, pedras preciosas e móveis serão avaliados por pessoa idônea e, após autorização judicial, alienados, e o seu produto convertido em títulos, obrigações e letras de responsabilidade direta ou indireta da União ou dos Estados, atendendo-se preferentemente à rentabilidade, e recolhidos ao estabelecimento bancário oficial ou aplicado na aquisição de imóveis, conforme for determinado pelo juiz.

Além dessa prestação de contas periódica – 02 em 02 anos – ou quando encerrar o múnus ou for requisitado pelo Juiz, os tutores ainda devem apresentar balanço anual das contas ao Juiz:

Art. 1.756. No fim de cada ano de administração, os tutores submeterão ao juiz o balanço respectivo, que, depois de aprovado, se anexará aos autos do inventário.

Esse balanço anual é algo mais simples que a prestação de contas, é como se fosse uma prestação de contas resumida. Ainda, a ação de prestação de contas poderá ser promovida a qualquer tempo pelo MP ou pelo interessado, sendo a competência para processamento e julgamento desta ação do mesmo juízo que processou e julgou o pedido de tutela, que será, de regra, do Juízo de família:

Nos termos do que entende o STJ, a ação e tutela e a consequente ação de prestação de contas só será de competência da Vara da Infância e Juventude quando o menor estiver em situação de risco, nos termos do art. 98 do ECA:

ECA Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis ***sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:***
I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;
II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;
III - em razão de sua conduta.

EXEMPLIFICANDO	
Tutela requerida por avós, tios, irmãos mais velhos.	Tutela requerida pelo vizinho
Não há ausência da família	Há ausência da família
Competência da vara de família	Competência da vara da Infância

IMPORTANTE: Esse entendimento NÃO se aplica a AÇÃO DE ADOÇÃO. Isto porque com relação a adoção a questão da competência entre a Vara de Família e a Vara da Infância se resolve pela idade do adotado:

- Se MENOR de 18 anos, Vara da Infância
- Se IGUAL ou MAIOR de 18 anos, Vara de Família.

Mas atenção, hoje também se aplica o ECA em caso de adoção de MAIORES.

> *Súmula 383 do STJ A competência para processar e julgar as ações conexas de interesse de menor é, em princípio, do foro do domicílio do detentor de sua guarda.*

Não necessita ser essa guarda judicial, bastando a guarda fática para que seja estabelecida a competência do foro do domicílio do guardião do menor. A súmula estabelece que essa competência será EM PRINCÍPIO do domicílio do guardião, de modo que poderá ser outro foro, se for para melhor atender o interesse do menor.

Ainda, sobre a prestação de contas:

> *CC*
> *Art. 1.758. Finda a tutela pela emancipação ou maioridade, a quitação do menor não produzirá efeito antes de aprovadas as contas pelo juiz, subsistindo inteira, até então, a responsabilidade do tutor.*
>
> *Art. 1.759. Nos casos de morte, ausência, ou interdição do tutor, as contas serão prestadas por seus herdeiros ou representantes.*
>
> *Art. 1.760. Serão levadas a crédito do tutor todas as despesas justificadas e reconhecidamente proveitosas ao menor.*
>
> *Art. 1.761. As despesas com a prestação das contas serão pagas pelo tutelado.*
>
> *Art. 1.762. O alcance do tutor, bem como o saldo contra o tutelado, são dívidas de valor e vencem juros desde o julgamento definitivo das contas.*

2.9. DOS BENS DO TUTELADO

> *CC Art. 1.753. Os tutores não podem conservar em seu poder dinheiro dos tutelados, além do necessário para as despesas ordinárias com o seu sustento, a sua educação e a administração de seus bens.*
> *§ 1º Se houver necessidade, os objetos de ouro e prata, pedras preciosas e móveis serão avaliados por pessoa idônea e, após autorização judicial, alienados, e o seu produto convertido em títulos, obrigações e letras de responsabilidade direta ou indireta da União ou dos Estados, atendendo-se preferentemente à rentabilidade, e recolhidos ao estabelecimento bancário oficial ou aplicado na aquisição de imóveis, conforme for determinado pelo juiz.*
> *§ 2º O mesmo destino previsto no parágrafo antecedente terá o dinheiro proveniente de qualquer outra procedência.*
> *§ 3º Os tutores respondem pela demora na aplicação dos valores acima referidos, pagando os juros legais desde o dia em que deveriam dar esse*

destino, o que não os exime da obrigação, que o juiz fará efetiva, da referida aplicação.

Art. 1.754. Os valores que existirem em estabelecimento bancário oficial, na forma do artigo antecedente, não se poderão retirar, senão mediante ordem do juiz, e somente:
I - para as despesas com o sustento e educação do tutelado, ou a administração de seus bens;
II - para se comprarem bens imóveis e títulos, obrigações ou letras, nas condições previstas no § 1º do artigo antecedente;
III - para se empregarem em conformidade com o disposto por quem os houver doado, ou deixado;
IV - para se entregarem aos órfãos, quando emancipados, ou maiores, ou, mortos eles, aos seus herdeiros.

2.10. DA CESSAÇÃO DA TUTELA

CC Art. 1.763. Cessa a condição de tutelado:
I - com a maioridade ou a emancipação do menor;
II - ao cair o menor sob o poder familiar, no caso de reconhecimento ou adoção.

Art. 1.764. Cessam as funções do tutor:
I - ao expirar o termo, em que era obrigado a servir;
II - ao sobrevir escusa legítima;
III - ao ser removido.

Art. 1.765. O tutor é obrigado a servir por espaço de dois anos.
Parágrafo único. Pode o tutor continuar no exercício da tutela, além do prazo previsto neste artigo, se o quiser e o juiz julgar conveniente ao menor.

Art. 1.766. Será destituído o tutor, quando negligente, prevaricador ou incurso em incapacidade.

3. CURATELA

3.1. TEORIA DA INCAPACIDADE JURÍDICA

CC Art. 1.767. Estão sujeitos a curatela:
I - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)
III - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)
V - os pródigos.

Estão sujeitos à curatela os maiores incapazes. Como visto, não existem mais absolutamente incapazes maiores, por força das alterações que foram feitas no art. 3.º do Código Civil pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015). Sendo assim, a curatela somente incide para os maiores relativamente incapazes que, na nova redação do art. 4.º da codificação material, são os ébrios habituais (no sentido de alcoólatras), os viciados em tóxicos, as pessoas

que por causa transitória ou definitiva não puderem exprimir vontade e os pródigos. Como visto, não há mais a menção às pessoas com discernimento mental reduzido e aos excepcionais, tidos agora como plenamente capazes pelo sistema.

De toda sorte, reafirme-se, como dito quanto à tutela, que a curatela não se confunde com a representação e com a assistência por ser instituto geral de administração de interesses de outrem. A curatela também não se confunde com a tutela, pois a última visa à proteção de interesses de menores, enquanto a primeira, à proteção dos maiores.

3.2. CURATELA DOS INTERDITOS

O art. 1.767 do CC/2002 traz o rol taxativo dos interditos, ou seja, daqueles que estão sujeitos à curatela. Como não poderia ser diferente, a norma foi modificada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, diante da revolução que atingiu a teoria das incapacidades. Curioso perceber que a Lei 13.146/2015 traz a ideia não de interdição, mas de uma ação judicial em que haverá a nomeação de um curador. Por outra via, o Novo CPC está todo baseado no processo de interdição.

Constata-se que o citado Estatuto altera o art. 1.768 do Código Civil, deixando de mencionar que “a interdição será promovida”, e passando a enunciar que “o processo que define os termos da curatela deve ser promovido”. O grande problema é que esse dispositivo material é revogado expressamente pelo art. 1.072, inciso II, do CPC/2015. Sendo assim, pelo menos aparentemente, ficará em vigor por pouco tempo, entre janeiro e março de 2016, quando o Estatuto Processual passar a ter vigência. Pensamos que será necessária uma nova norma, que faça com que o novo dispositivo volte a vigorar, afastando-se esse primeiro atropelamento legislativo. Até que isso ocorra, uma alternativa viável para fazer prevalecer o espírito do Estatuto é a utilização das suas regras com alento doutrinário na Convenção de Nova York, tratado internacional de direitos humanos que tem força de Emenda à Constituição.

De qualquer modo, reafirme-se que só a edição de uma terceira norma apontando qual das duas deve prevalecer não basta, pois, o Novo CPC é inteiramente estruturado no processo de interdição, como se nota do tratamento constante entre os seus arts. 747 a 758. Sendo assim, parece-nos que será imperiosa uma reforma considerável do CPC/2015, deixando-se de lado a antiga possibilidade da interdição. A propósito da superação desse tradicional modelo, pontua Paulo Lôbo que “não há que se falar mais de ‘interdição’, que, em nosso direito, sempre teve por finalidade vedar o exercício, pela pessoa com deficiência mental ou intelectual, de todos os atos da vida civil, impondo-se a mediação de seu curador. Cuidar-se-á, apenas, de curatela específica, para determinados atos”.

3.2.1. Por enfermidade ou deficiência mental, não tivessem o necessário discernimento para os atos da vida civil

Hipótese prevista no inciso I, do art. 1.767 do CC.

Foi alterada, pois equivalia ao art. 3.º, inciso II, do CC, ora revogado. Agora passou a mencionar as pessoas que por causa transitória ou definitiva não puderem exprimir vontade, tidas como relativamente incapazes no novo sistema. Como consequência, foi revogado o inciso II do art. 1.767, que aludia aos últimos. Continuam podendo ser citadas as situações dos surdos-mudos, que não têm qualquer condição de exprimir sua vontade, e das pessoas que se encontram em coma profundo.

3.2.2. Ébrios habituais e os viciados em tóxico

Os ébrios habituais (alcoólatras viciados) e os toxicômanos (viciados em tóxicos) igualmente são interditados por força do art. 1.767, inciso III, do Código Civil, ora alterado, pois não há mais a previsão a respeito das pessoas com desenvolvimento reduzido.

Também não se interditam mais os excepcionais sem completo desenvolvimento mental, caso do acometido por síndrome de Down, tendo sido revogado o art. 1.767, inciso IV, do CC.

3.2.3. Pródigos

Em relação aos pródigos, pessoas que gastam de maneira destemperada o próprio patrimônio, o que pode levá-los à penúria, são os últimos interditos, expressos no art. 1.767, inciso V, do CC/2002.

3.3. CURATELA X CURADORIA

CURATELA	CURADORIA
É encargo imposto a uma pessoa para gerir o patrimônio e as relações de outra pessoa acometida por alguma incapacidade.	É a nomeação de uma pessoa para gerir os interesses de outra, dentro de uma determinada situação específica.
É instituto protetivo de direito de família	É instituto geral de direito civil.
É abrangente, pois abrange o encargo de gerir tanto o patrimônio quanto a próprias relações existências de uma pessoa.	É limitada a situação indicada, como a situação da curadoria de bens de ausentes.

3.4. CURATELAS PECULIARES

Chaves na verdade diz que seriam hipóteses de **CURADORIA**, e não de curatela. Vejamos.

3.4.1. Curador especial do nascituro

> *Art. 1.779. Dar-se-á **curador ao nascituro**, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar.*
> *Parágrafo único. Se a mulher estiver interdita, seu curador será o do nascituro.*

A razão para a nomeação de um curador especial ao nascituro é a proteção de seus interesses (recebimento de uma herança, por exemplo), quando a sua mãe não está em pleno exercício do poder familiar. É uma hipótese protecionista dos interesses do nascituro.

OBS➔ Sempre lembrando a curatela extensiva, ou seja, se nesse caso a genitora fosse interditada, seu curador também seria, automaticamente o curador do nascituro e futuro filho.

3.4.2. Curatelas especiais*

O curador é obrigado a prestação de contas, salvo se ele for cônjuge do incapaz, caso no regime da comunhão universal.

> *Art. 1.783. Quando o curador for o cônjuge e o regime de bens do casamento for de comunhão universal, não será obrigado à prestação de contas, salvo determinação judicial.*

Essa exceção se justifica, pois os cônjuges têm a comunhão total dos patrimônios.

A competência para ação de prestação de constas na curatela será de competência do Juiz que decretou a interdição, ou seja, tramitará na Vara de Família. Lembrando que a ação de prestação de contas tem natureza dúplice, permitindo a execução do saldo remanescente para qualquer das partes.

4. TOMADA DE DECISÃO APOIADA

A Lei 13.146/2015 inseriu o art. 1.783-A no CC.

> *Art. 1.783-A. A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.*
> *§ 1º Para formular pedido de tomada de decisão apoiada, a pessoa com deficiência e os apoiadores devem apresentar termo em que constem os limites do apoio a ser oferecido e os compromissos dos apoiadores, inclusive o prazo de vigência do acordo e o respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa que devem apoiar.*
> *§ 2º O pedido de tomada de decisão apoiada será requerido pela pessoa a ser apoiada, com indicação expressa das pessoas aptas a prestarem o apoio previsto no **caput** deste artigo.*
> *§ 3º Antes de se pronunciar sobre o pedido de tomada de decisão apoiada, o juiz, assistido por equipe multidisciplinar, após oitiva do Ministério Público, ouvirá pessoalmente o requerente e as pessoas que lhe prestarão apoio.*
> *§ 4º A decisão tomada por pessoa apoiada terá validade e efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado.*
> *§ 5º Terceiro com quem a pessoa apoiada mantenha relação negocial pode solicitar que os apoiadores contra-assinem o contrato ou acordo, especificando, por escrito, sua função em relação ao apoiado.*
> *§ 6º Em caso de negócio jurídico que possa trazer risco ou prejuízo relevante, havendo divergência de opiniões entre a pessoa apoiada e um dos apoiadores, deverá o juiz, ouvido o Ministério Público, decidir sobre a questão.*
> *§ 7º Se o apoiador agir com negligência, exercer pressão indevida ou não adimplir as obrigações assumidas, poderá a pessoa apoiada ou qualquer pessoa apresentar denúncia ao Ministério Público ou ao juiz.*
> *§ 8º Se procedente a denúncia, o juiz destituirá o apoiador e nomeará, ouvida a pessoa apoiada e se for de seu interesse, outra pessoa para prestação de apoio.*
> *§ 9º A pessoa apoiada pode, a qualquer tempo, solicitar o término de acordo firmado em processo de tomada de decisão apoiada.*
> *§ 10. O apoiador pode solicitar ao juiz a exclusão de sua participação do processo de tomada de decisão apoiada, sendo seu desligamento condicionado à manifestação do juiz sobre a matéria.*
> *§ 11. Aplicam-se à tomada de decisão apoiada, no que couber, as disposições referentes à prestação de contas na curatela*

De início, conforme o caput da norma, a tomada de decisão apoiada é o processo judicial pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos duas pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.

Tartuce afirma que a tomada de decisão apoiada tem a função de trazer acréscimos ao antigo regime de incapacidades dos maiores, sustentado pela representação, pela assistência e pela curatela.

Conforme o § 1.º do novo art. 1.783-A da codificação material, para formular pedido de tomada de decisão apoiada, a pessoa com deficiência e os apoiadores devem apresentar termo em que constem os limites do apoio a ser oferecido e os compromissos dos apoiadores. Desse termo devem constar ainda o prazo de vigência do acordo e o respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa que devem apoiar.

O pedido de tomada de decisão apoiada será requerido pela pessoa a ser apoiada, com indicação expressa das pessoas aptas a prestarem (art. 1.783-A, § 2.º, do CC/2002). Há, claramente, um procedimento judicial para tanto, pois o preceito seguinte determina que, antes de se pronunciar sobre o pedido de tomada de decisão apoiada, o juiz, assistido por equipe multidisciplinar e após oitiva do Ministério Público, ouvirá pessoalmente o requerente e as pessoas que lhe prestarão apoio (art. 1.783-A, § 3.º, do CC/2002).

A decisão tomada por pessoa apoiada terá validade e efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado (art. 1.783-A, § 4.º, do CC/2002). Assim, presente a categoria, desaparece toda aquela discussão aqui exposta a respeito da validade e eficácia dos atos praticados por incapazes, como vendas de imóveis, perante terceiros de boa-fé. Havendo uma tomada de decisão apoiada, não se cogitará mais sua nulidade absoluta, nulidade relativa ou ineficácia, o que vem em boa hora, na opinião deste autor.

Em complemento, o terceiro com quem a pessoa apoiada mantenha relação negocial, pode solicitar que os apoiadores contra-assinem o contrato ou acordo, especificando, por escrito, sua função em relação ao apoiado (art. 1.783-A, § 5.º, do CC/2002). Isso para que não pairem dúvidas sobre a idoneidade jurídica do ato praticado, o que tem relação direta com o princípio da boa-fé objetiva.

Entretanto, em caso de negócio jurídico que possa trazer risco ou prejuízo relevante a qualquer uma das partes, havendo divergência de opiniões entre a pessoa apoiada e um dos apoiadores, deverá o juiz, ouvido o Ministério Público, decidir sobre a questão (art. 1.783-A, § 6.º, do CC/2002). Eventualmente, poderá ele suprir a vontade de uma parte discordante.

Além disso, se o apoiador agir com negligência, exercer pressão indevida ou não adimplir as obrigações assumidas, poderá a pessoa apoiada ou qualquer pessoa apresentar denúncia ao Ministério Público ou ao juiz, especialmente com o intuito de evitar a prática de algum negócio jurídico que possa lhe trazer prejuízo (art. 1.783-A, § 7.º, do CC/2002). Se o ato for praticado, é possível cogitar a sua invalidade.

Se procedente a denúncia, o juiz destituirá o apoiador e nomeará, ouvida a pessoa apoiada e se for de seu interesse, outra pessoa para prestação de apoio (art. 1.783-A, § 8.º, do CC/2002). A pessoa apoiada pode, a qualquer tempo, solicitar o término de acordo firmado em processo de tomada de decisão apoiada, inclusive para os fins de tomada de novas decisões, de acordo com a

sua autonomia privada (art. 1.783-A, § 9.º, do CC/2002).

O apoiador pode solicitar ao juiz a exclusão de sua participação do processo de tomada de decisão apoiada, sendo seu desligamento condicionado à manifestação do juiz sobre a matéria (art. 1.783-A, § 10, do CC/2002). Por derradeiro, está previsto que se aplicam à tomada de decisão apoiada, no que couber, as disposições referentes à prestação de contas na curatela (art. 1.783-A, § 11, do CC/2002).

SUCESSÕES

1. INTRODUÇÃO AO DIREITO DAS SUCESSÕES

1.1. CONCEITO

Seguindo a doutrina de CLÓVIS BEVILÁQUA, o Direito das Sucessões é o conjunto de normas e princípios segundo o qual se realiza a transmissão do patrimônio de alguém para depois da sua morte.

O direito à herança tem base constitucional explícita (art. 5º, inc. XXX).

> *CF Art. 5º, XXX - é garantido o direito de herança;*

Consagrou-se no Brasil o sistema da divisão necessária (art. 1.789), significa que não se tem plena liberdade testamentária quando da existência de herdeiros necessários.

> *Art. 1.789. Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança.*

Herdeiros necessários: D.A.C = descendente, ascendente e cônjuge.

1.2. ESPÉCIES DE SUCESSÃO HEREDITÁRIA

Os arts. 1.786 e 1.788 do CC consagram as espécies de sucessões. Observe os dispositivos:

> *Art. 1.786. A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade.*
> *..*
> *Art. 1.788. Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo.*

1.2.1. Testamentária

É aquela regida por meio de um negócio jurídico especialíssimo, chamado TESTAMENTO. Se a pessoa morre sem testamento, diz-se que morre "***ab intestato***".

1.2.2. Legítima

É aquela regulada não pelo testamento, mas pela lei.

OBS: A professora Maria Helena Diniz observa que a sucessão é a título universal quando houver transferência da totalidade ou de parte indeterminada da herança (herdeiro); por outro lado, será a título singular quando o testador transfere ao beneficiário objetos certos e determinados (legatário).

Lembrando que não é possível haver contrato que tenha por objeto herança de pessoa viva (art. 426). É o chamado pacta corvina.

> *Art. 426. Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva.*

1.3. LEI SUCESSÓRIA NO TEMPO E NO ESPAÇO

Conforme o art. 1.785, a sucessão abre-se no lugar do último domicílio do falecido.

> *Art. 1.785. A sucessão abre-se no lugar do último domicílio do falecido.*

Já o art. 1.787 prevê que a Lei que regula o direito à herança, a legitimidade para recebê-la, no bojo do inventário ou arrolamento, É A LEI VIGENTE AO TEMPO DA MORTE (REsp 205.517/SP, Resp. 740.127/SC).

> *Art. 1.787. Regula a sucessão e a legitimação para suceder a lei vigente ao tempo da abertura daquela.*

1.4. PRINCÍPIO DA SAISINE

Na linha de entendimento do professor Francisco Cahali, o princípio da saisine é uma ficção jurídica que visa a impedir que a herança permaneça sem titular: Aberta a sucessão, a herança é transmitida imediatamente aos herdeiros legítimos e testamentários (1.784).

> *Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.*

OBS: Vale lembrar que a herança, nos termos do art. 1.791, enquanto se processa o inventário ou o arrolamento, é indivisível, cabendo a cada herdeiro apenas uma fração ideal do todo.

> *Art. 1.791. A herança defere-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros.*
> *Parágrafo único. Até a partilha, o direito dos coerdeiros, quanto à propriedade e posse da herança, será indivisível, e regular-se-á pelas normas relativas ao condomínio.*

1.5. ACEITAÇÃO E CESSÃO DA HERANÇA

A aceitação da herança é um ato jurídico (que não admite condição, termo ou encargo) pelo qual o herdeiro confirma o recebimento da herança no limite das suas forças (art. 1.792), ou seja, o herdeiro não pode responder além dos limites deixados como herança.

> *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.*

O tema aceitação já não tem a importância de outrora, visto que agora o herdeiro não pode responder por encargos *ultra vires hereditatis* (além das forças da herança).

A aceitação da herança, nos termos dos arts. 1.805 e 1.807, poderá ser:

a) Expressa: Declaração escrita.

b) Tácita: Decorre de comportamentos do herdeiro condizentes com a aceitação.
c) Presumida: Quando provocado por algum interessado a manifestar-se pela aceitação ou

não da herança o herdeiro silencia-se. É a *actio interrogatória*.

> *Art. 1.805. A aceitação da herança, quando expressa, faz-se por declaração escrita; quando tácita, há de resultar tão somente de atos próprios da qualidade de herdeiro.*
> *§ 1º Não exprimem aceitação de herança os atos oficiosos, como o funeral do finado, os meramente conservatórios, ou os de administração e guarda provisória.*
> *§ 2º Não importa igualmente aceitação a cessão gratuita, pura e simples, da herança, aos demais coerdeiros.*
>
> *Art. 1.807. O interessado em que o herdeiro declare se aceita, ou não, a herança, poderá, vinte dias após aberta a sucessão, requerer ao juiz prazo razoável, não maior de trinta dias, para, nele, se pronunciar o herdeiro, sob pena de se haver a herança por aceita.*

OBS: Se o herdeiro "aceita" a herança e cede sua parte para o monte, implica, na realidade, em renúncia. Agora, quando cede em favor de herdeiros determinados, implica em aceitação seguida de cessão de cota hereditária, com dupla incidência tributária.

Ler art. 1.793 e seguintes.

> *Art. 1.793. O direito à sucessão aberta, bem como o quinhão de que disponha o coerdeiro, pode ser objeto de cessão por escritura pública.*
> *§ 1º Os direitos, conferidos ao herdeiro em consequência de substituição ou de direito de acrescer, presumem-se não abrangidos pela cessão feita anteriormente.*
> *§ 2º É ineficaz a cessão, pelo coerdeiro, de seu direito hereditário sobre qualquer bem da herança considerado singularmente.*
> *§ 3º Ineficaz é a disposição, sem prévia autorização do juiz da sucessão, por qualquer herdeiro, de bem componente do acervo hereditário, pendente a indivisibilidade.*
>
> *Art. 1.794. O coerdeiro não poderá ceder a sua quota hereditária a pessoa estranha à sucessão, se outro coerdeiro a quiser, tanto por tanto.*
>
> *Art. 1.795. O coerdeiro, a quem não se der conhecimento da cessão, poderá, depositado o preço, haver para si a quota cedida a estranho, se o requerer até cento e oitenta dias após a transmissão.*
> *Parágrafo único. Sendo vários os coerdeiros a exercer a preferência, entre eles se distribuirá o quinhão*
> *cedido, na proporção das respectivas quotas hereditárias.*
>
> *Art. 1.796. No prazo de trinta dias, a contar da abertura da sucessão, instaurar-se-á inventário do patrimônio hereditário, perante o juízo competente no lugar da sucessão, para fins de liquidação e, quando for o caso, de partilha da herança.*
>
> *Art. 1.797. Até o compromisso do inventariante, a administração da herança caberá, sucessivamente:*
> *I - ao cônjuge ou companheiro, se com o outro convivia ao tempo da abertura da sucessão;*

II - ao herdeiro que estiver na posse e administração dos bens, e, se houver mais de um nessas condições, ao mais velho;
III - ao testamenteiro;
IV - a pessoa de confiança do juiz, na falta ou escusa das indicadas nos incisos antecedentes, ou quando tiverem de ser afastadas por motivo grave levado ao conhecimento do juiz.

1.6. RENÚNCIA DA HERANÇA

Conceito de renúncia: A renúncia é uma declaração abdicativa do direito à herança, com efeitos retroativos (como se o herdeiro não existisse), RAZÃO PELA QUAL OS HERDEIROS DO RENUNCIANTE NÃO HERDAM POR DIREITO DE REPRESENTAÇÃO.

Direito de representação: O direito de representação, regulado a partir do art. 1.851, mitiga a regra segundo a qual o parente mais próximo exclui o mais remoto. Ocorre quando o herdeiro é pré-morto em relação ao *de cujus*. Logo, a sua cota cabe aos seus descendentes (herdarão por estirpe). Lembrando que o direito de representação na linha reta cabe somente aos descendentes; ao passo que na linha colateral só existe quanto aos sobrinhos (ou seja, o irmão pré-morto do *de cujus* é representado pelos seus filhos).

*CC Art. 1.851. Dá-se o **DIREITO DE REPRESENTAÇÃO**, quando a lei chama certos parentes do falecido a suceder em todos os direitos, em que ele sucederia, se vivo fosse.*

Art. 1.852. O direito de representação dá-se na linha reta descendente, mas nunca na ascendente.

Art. 1.853. Na linha transversal, somente se dá o direito de representação em favor dos filhos de irmãos do falecido, quando com irmãos deste concorrerem.

Art. 1.854. Os representantes só podem herdar, como tais, o que herdaria o representado, se vivo fosse.

Art. 1.855. O quinhão do representado partir-se-á por igual entre os representantes.

Art. 1.856. O renunciante à herança de uma pessoa poderá representá-la na sucessão de outra.

1.7. LEGITIMIDADE PARA SUCEDER (ART. 1.798 E 1.799)

CC Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:
I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão;
II - as pessoas jurídicas;
III - as pessoas jurídicas, cuja organização for determinada pelo testador sob a forma de fundação.

Genericamente, diz o artigo 1.798 do CC que se legitimam a suceder as pessoas nascidas

ou já concebidas no momento da abertura da sucessão (nascituro ou embrião de laboratório).

O Enunciado 267 da III Jornada, interpretando o art. 1.798, reconhece legitimidade ao nascituro, bem como ao embrião formado por técnica de reprodução assistida, para efeito de receber a herança.

> ***JDC** 267 – Art. 1.798: A regra do art. 1.798 do Código Civil deve ser estendida aos embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida, abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição da herança.*

Especificamente em relação à sucessão testamentária (art. 1.799 CC), na qual os beneficiários são escolhidos pelo *de cujus*, também podem ter capacidade para suceder as pessoas jurídicas e a prole eventual. Em outras palavras, o testador pode deixar bens a determinada pessoa jurídica e aos possíveis futuros filhos de determinada pessoa. Nesse último caso, só será deferida a sucessão se a prole eventual for concebida **num prazo de dois anos** contados a partir da morte do *de cujus.* Enquanto não ocorre o nascimento, a herança fica confiada a um curador na qualidade de depositário e, se dentro do prazo o filho não for concebido, a disposição testamentária será tida como nula.

> *Art. 1.800. No caso do inciso I do artigo antecedente (filhos ainda não concebidos – prole eventual), os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz.*
> *...*
> *§ 4o Se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos.*

O Código Civil traz, em seu artigo 1.801, o rol de pessoas que NÃO PODEM ser nomeadas herdeiras ou legatárias. Assim temos:

> *Art. 1.801. Não podem ser nomeados herdeiros nem legatários:*
> *I - a pessoa que, a rogo, escreveu o testamento, nem o seu cônjuge ou companheiro, ou os seus ascendentes e irmãos;*
> *II - as testemunhas do testamento;*
> *III - o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua (?), estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos;*
> *IV - o tabelião, civil ou militar, ou o comandante ou escrivão, perante quem se fizer, assim como o que fizer ou aprovar o testamento.*

Nota-se que nos incisos I, II e IV o legislador se preocupou em excluir dos possíveis beneficiários todas as pessoas que de alguma forma participaram na elaboração do testamento e poderiam por isto ser consideradas suspeitas.

No inciso III o legislador tem o claro objetivo de proteger a família, não permitindo que o testador casado beneficie sua concubina, **exceto se este já estiver separado de fato**. O artigo fala em período mínimo de cinco anos de separação de fato para excluir o impedimento, no entanto tal disposição contraria as regras dos artigos 1.723 e 1.830 do mesmo diploma.

> *Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.*
> *§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.*
> *§ 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.*
>
> *Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.*

Dessa forma tem entendido a jurisprudência pela desconsideração de tal prazo por considerá-lo excessivo, bastando para a exclusão do impedimento a simples comprovação da separação de fato.

Por fim vale lembrar que, conforme dispõe o artigo 1.802, também é vedada a nomeação de beneficiário que seja parente em linha reta, irmão, cônjuge ou companheiro de qualquer das pessoas impedidas previstas no artigo 1.801. A exceção é o testamento em benefício do filho da concubina quando este também for do testador (art. 1.803 CC).

> *Art. 1.802. São **nulas** as disposições testamentárias **em favor de pessoas não legitimadas a suceder**, ainda quando simuladas sob a forma de contrato oneroso, ou feitas mediante interposta pessoa.*
> *Parágrafo único. Presumem-se pessoas interpostas os ascendentes, os descendentes, os irmãos e o cônjuge ou companheiro do não legitimado a suceder.*
>
> *Art. 1.803. É lícita a deixa ao filho do concubino, quando também o for do testador.*

Nos termos do art. 1597, III do CC, não há prazo para a inseminação artificial post mortem: a qualquer tempo poderá nascer o filho do falecido. No entanto, para que este filho também seja herdeiro, conjugando-se o art. 1.799, I com o art. 1.800, §4º, a concepção deverá ocorrer no prazo de dois anos após a morte.

> *Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:*
> *....*
> *III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;*
>
> *Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:*
> *I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão;*
> *....*
>
> *Art. 1.800. No caso do inciso I do artigo antecedente, os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz.*
> *§ 4º Se, decorridos **dois anos** após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos.*

2. TERMINOLOGIA DO DIREITO DAS SUCESSÕES

2.1. “AUTOR DA HERANÇA”

É o “de cujus” ou “extinto”. Mas nem todo morto é de cujus, apenas a pessoa que morreu e deixou seu patrimônio.

2.2. “SUCESSOR”

É quem vai ser convocado para dar continuidade às relações patrimoniais do falecido.

É o gênero. São sucessores:

2.2.1. “Herdeiro”

Sucessor a título universal. Pode ser:

-“*Testamentário”*: é o herdeiro que possui direito a herança em decorrência de disposição testamentária. Difere do legatário, pois para o herdeiro testamentário não se deixa bem certo e determinado, mas sim uma fração ideal da herança, ou seja, um quinhão hereditário.

-“*Legítimo”* (1.829 e 1790): sucessor por força de lei. São eles: descentes, ascendentes, cônjuge sobrevivente, companheiro sobrevivente e colaterais até o 4º grau (primos).

*Art. 1.845. São **herdeiros necessários** os descendentes, os ascendentes e o cônjuge. (DAC)*

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:
*I - aos **descendentes** (necessário), em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;*
*II - aos **ascendentes** (necessário), em concorrência com o cônjuge;*
*III - ao **cônjuge sobrevivente** (necessário);*
*IV - aos **colaterais**. (facultativo)*

*Art. 1.839. Se não houver cônjuge sobrevivente, nas condições estabelecidas no art. 1.830, serão chamados a suceder os **colaterais até o quarto grau**. (facultativo)*

Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.

2.2.2. “Legatário”

Sucessor a título singular. Tem direito a um bem certo e determinado. Depende de testamento, se não tem testamento não é legatário.

2.3. "LEGÍTIMA"

É a quota parte indisponível dedicada ao herdeiro legítimo necessário. Ela corresponde a 50% do patrimônio líquido na data da abertura da sucessão (art. 1846 e 1847). Todo e qualquer ato que comprometa a legítima é nulo naquilo que a exceder. Art. 549 do CC.

> *Art. 1.846. Pertence aos herdeiros NECESSÁRIOS, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a **legítima**.*
>
> *Art. 1.847. Calcula-se a legítima sobre o valor dos bens existentes na abertura da sucessão, abatidas as dívidas e as despesas do funeral, adicionando-se, em seguida, o valor dos bens sujeitos a colação.*
>
> *Art. 549. Nula é também a doação quanto à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento.*

2.4. "ABERTURA" DA SUCESSÃO

Para que seja aberta a sucessão, basta ocorrer o evento morte. Diz-se que ocorre a abertura da sucessão, porque enquanto se é pessoa física, todos são titulares de relação jurídica (propriedade, obrigacional, de consumo, entre outras). A partir do momento que ocorre o evento morte, as relações jurídicas vão ficar com um *polo em aberto*, pois um titular faleceu. Resta uma lacuna nessa relação. Por isso *abertura* da sucessão, porque aquele espaço fica aberto. Abre-se um processo para estabelecer quem passará a ocupar aquele polo, que ficou esvaziado.

2.5. "DELAÇÃO" E "ADIÇÃO" (CC/16)

Delação: momento que ocorreu o momento morte, e os bens estão esperando por titulares.

Adição: momento em que os herdeiros comparecem e demonstram sua intenção em suceder.

No CC/16 havia presunção de aceitação da herança até que o herdeiro comparecesse para dizer que não aceitava. Se pelo meio do caminho os herdeiros se desentendiam e um deles queria mudar de ideia, deixar de aceitar a herança, ele podia. Os momentos de delação e adição não se diferenciavam muito. Com a entrada em vigor do CC/02, sobreveio um artigo que diz que tanto a aceitação quanto a renúncia são definitivas. Ou seja, não pode o herdeiro, depois de demonstrar, mesmo que tacitamente, a aceitação, renunciá-la. A única maneira de "sair" da sucessão é fazer uma cessão de direitos hereditários.

2.6. "DIFERENÇA: HERANÇA X ESPÓLIO

2.6.1. "Herança"

Conjunto de relações jurídicas patrimoniais que foi transmitido. A herança pode ser negativa, se o morto transmitir mais dívida do que crédito.

2.6.2. "Espólio"

É a representação da herança em juízo e fora dele. As relações patrimoniais do falecido são

representadas pelo espólio. E quem representa o espólio? O inventariante.

Na prática, para que o espólio tenha um inventariante custa tempo, enquanto o juiz não nomeia o inventariante, quem representa o espólio é o administrador provisório, que é quem está na posse dos bens, se for mais de um, todos eles serão os administradores. Assim, o espólio somente representa os interesses patrimoniais do falecido, os interesses existenciais dizem respeito aos seus herdeiros e não ao seu espólio.

Portanto, a *ação de investigação de paternidade post mortem* deve ser ajuizada tendo como legitimados passivos os herdeiros, a outro giro, se a ação for reivindicatória, monitória etc. o legitimado passivo é o espólio. *Ação de adoção póstuma:* é contra os herdeiros também, pois o interesse é existencial**.**

Exceção: existe um caso em que o inventariante não representa o espólio, é quando o inventariante é dativo ou judicial.

> *NCPC*
> *Art. 617. O juiz nomeará inventariante na seguinte ordem:*
> *I - o cônjuge ou companheiro sobrevivente, desde que estivesse convivendo com o outro ao tempo da morte deste;*
> *II - o herdeiro que se achar na posse e na administração do espólio, se não houver cônjuge ou companheiro sobrevivente ou se estes não puderem ser nomeados;*
> *III - qualquer herdeiro, quando nenhum deles estiver na posse e na administração do espólio;*
> *IV - o herdeiro menor, por seu representante legal;*
> *V - o testamenteiro, se lhe tiver sido confiada a administração do espólio ou se toda a herança estiver distribuída em legados;*
> *VI - o cessionário do herdeiro ou do legatário;*
> *VII - o inventariante judicial, se houver;*
> *VIII - pessoa estranha idônea, quando não houver inventariante judicial.*
> *Parágrafo único. O inventariante, intimado da nomeação, prestará, dentro de 5 (cinco) dias, o compromisso de bem e fielmente desempenhar a função.*

O inventariante dativo ou judicial não tem interesse jurídico na defesa do patrimônio, assim se alguma ação vier a ser ajuizada contra o espólio, neste caso, os herdeiros deverão ser citados para defenderem seus interesses.

3. MOMENTO DE ABERTURA DA SUCESSÃO (CC, ART. 1.784)

3.1. TRANSMISSÃO AUTOMÁTICA DAS RELAÇÕES JURÍDICAS: SAISINE

> *Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.*

A abertura da sucessão é a morte, que implica na **transmissão automática** de todas as relações jurídicas (propriedade e posse) do *de cujus* para seus herdeiros.

Princípio de 'saisine': No exato momento da morte ocorre a transmissão automática de todo o patrimônio do falecido. É uma transmissão *ope legis* (força de lei), independentemente da vontade.

Saisine: É a mutação subjetiva automática de todas as relações patrimoniais que eram titularizadas pelo falecido. Impede solução de continuidade; impede que o patrimônio do falecido fique acéfalo.

Efeito principal da saisine: Abertura da sucessão com transmissão automática.

OBS: somente os **herdeiros** (legítimos e testamentários) serão beneficiados pela saisine, nunca os legatários, pois é transmitida uma universalidade de bens. O legatário só receberá sua parte quando da partilha.

Enquanto não advier a partilha, todos os herdeiros são coproprietários e copossuidores do todo, forma-se um condomínio. Por isso, nos termos do art. 1.791, enquanto se processa o inventário ou arrolamento, a herança é indivisível, cabendo a cada herdeiro apenas uma fração ideal do todo.

> *Art. 1.791. A herança defere-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros.*

Diante, dessa situação, caso a administração dos bens pelos herdeiros esteja ameaçando a preservação do legado, pode o legatário postular tutela antecipada (ou medida cautelar) para se antecipar no legado a que tenha direito após a partilha. Todavia, para isso, terá de prestar caução, denominada "*caução muciana*".

"Caução muciana": é a garantia prestada pelo legatário no inventário para se antecipar no que tenha direito quando da partilha, através de tutela antecipada (pode ser garantia fidejussória ou real).

3.2. ABERTURA DA SUCESSÃO X ABERTURA DO INVENTÁRIO

São momentos distintos.

- A sucessão é aberta automaticamente.
- A abertura do inventário pressupõe uma sucessão já aberta.

3.3. OUTROS EFEITOS JURÍDICOS QUE DECORREM DO PRINCÍPIO DA "SAISINE"

3.3.1. Fixação da norma legal que regerá a sucessão

É a norma que estiver em vigor na data de abertura da sucessão.

> ***Súmula 112*** *O IMPOSTO DE TRANSMISSÃO "CAUSA MORTIS" É DEVIDO PELA ALÍQUOTA VIGENTE AO TEMPO DA ABERTURA DA SUCESSÃO.*

3.3.2. Verificação da capacidade para suceder

O que interessa é sua capacidade para suceder no momento da morte.

Capacidade para suceder não se confunde com capacidade testamentária. Esta última é verificada na data da elaboração do testamento e não na data da abertura da sucessão.

3.3.3. Cálculo da legítima

Quem tem herdeiro necessário não pode dispor de mais da metade de seu patrimônio. A legítima corresponde a 50% do patrimônio líquido transmitido. Em atos de disposição gratuitos (doação e testamento) ninguém pode doar ou testar acima da legítima.

A doação de pais para filhos presume-se antecipação de herança (da cota indisponível).

Exceção: não gerará antecipação de legítima, se o doador, no ato da doação expressamente disser que o bem está saindo de sua cota disponível

3.3.4. Fixa o lugar da sucessão (art. 1.785)

*CC Art. 1.785. A sucessão **abre-se no lugar do último domicílio** do falecido.*

NCPC
Art. 48. O foro de domicílio do autor da herança, no Brasil, é o competente para o inventário, a partilha, a arrecadação, o cumprimento de disposições de última vontade, a impugnação ou anulação de partilha extrajudicial e para todas as ações em que o espólio for réu, ainda que o óbito tenha ocorrido no estrangeiro.
Parágrafo único. Se o autor da herança não possuía domicílio certo, é competente:
I - o foro de situação dos bens imóveis;
II - havendo bens imóveis em foros diferentes, qualquer destes;
III - não havendo bens imóveis, o foro do local de qualquer dos bens do espólio.

Regra geral: Último domicílio do falecido**.** É onde, presumidamente, estarão presentes os seus interesses.

Exceções:

- O CC permite a pluralidade de domicílios. Nesse caso, qualquer deles pode ser o lugar da sucessão, definindo-se pela prevenção. É onde se fixa a competência para julgar o inventário. Trata-se de competência relativa (Súmula 33 do STJ), que pode ser prorrogada pelas partes.

- Se não tinha domicílio certo, o lugar onde estiverem os bens.
- Se os bens imóveis estavam em mais de um lugar, qualquer um deles. O NCPC acabou com a regra do lugar do óbito.

- Não havendo bens imóveis, será competente o foro do local de qualquer bem do espólio.

4. CAPACIDADE SUCESSÓRIA

4.1. CONCEITO

Capacidade jurídica geral é a aptidão para praticar pessoalmente atos patrimoniais. O menor de 18 anos não tem capacidade geral.

Capacidade sucessória é a aptidão para ser herdeiro ou legatário. É a aptidão para receber herança ou legado. Essa capacidade sucessória não tangencia a capacidade geral.

> *Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas **nascidas ou já concebidas** no momento da abertura da sucessão.*

4.2. ELEMENTOS QUE COMPÕEM A CAPACIDADE SUCESSÓRIA (OU CAPACIDADE PARA SUCEDER)

Ter título sucessório: Figurar na ordem de vocação hereditária ou no testamento.

Ter personalidade, ou seja, ser nascido ou concebido (art. 1.798). Na sucessão testamentária há exceções (**capacidade sucessória estendida**):

> *Art. 1.799. Na sucessão TESTAMENTÁRIA podem ainda ser chamados a suceder:*
> *I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão;*
> *....*
> *Art. 1.800*
> *§ 4º Se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos.*

- Prole eventual (filho que alguém vai ter, *concepturo*) - art. 1.799 do CC. Prazo de 02 anos para conceber. Nada impede que a prole eventual decorra de adoção, se não houver restrição do testador. A validade da cláusula que beneficia a prole eventual depende do fato de estarem vivos ao tempo da abertura da sucessão os pais desse filho eventual.

> *II - as pessoas jurídicas;*

- Pessoas jurídicas;

> *III - as pessoas jurídicas, cuja organização for determinada pelo testador sob a forma de fundação.*

- Pessoas jurídicas a serem constituídas com o patrimônio (fundações).

5. INDIGNIDADE E DESERDAÇÃO

5.1. ASPECTOS GERAIS

A indignidade e deserdação são sanções civis, mas não geram incapacidade (efeito caducificante). Até porque, no lugar do indigno, receberá outra pessoa. Ou seja, há direito sucessório. Portanto, não há que se falar em indignidade e deserdação como causas de incapacidade sucessória.

Indignidade e deserdação se aproximam e se repelem. Ambas são sanções civis aplicadas a quem se comportou de forma desprezível contra o autor da herança. Trata-se de punições ao mau herdeiro ou legatário. Se é punição, só pode ser aplicada pelo juiz (respeitado o devido processo legal). Submetem-se ao princípio da intranscendência, de forma que a sanção não pode passar da

pessoa do apenado.

É por conta disso que os descendentes do indigno recebem em seu lugar como se ele morto fosse (OBS: lembrar que na RENÚNCIA os descendentes não recebem nada).

Exemplo: Se Suzane (Richthofen) tivesse um filho menor, eles receberiam a herança como se ela morta fosse. É a chamada sucessão *por representação* ou *por estirpe*. No Brasil, existem apenas três casos de sucessão por representação ou estirpe (a regra é a sucessão por cabeça, até porque a herança é uma garantia constitucional), são eles:

- Indignidade;
- Deserdação;
- Pré-morte.

Na indignidade e deserdação a regra é uma, na pré-morte é outra; nas primeiras, somente recebem os descendentes dos indignos/deserdados, na segunda, são chamados todos os sucessores (lembrando que os ascendentes não podem receber por representação, só recebem se não houver descendentes).

Questão: Na sucessão por representação só se beneficiam os descentes. ERRADO.

O indigno ou deserdado se torna incompatível com a herança. Por conta disso, o indigno sequer pode usufruir e administrar os bens que seu filho menor recebeu em seu lugar, além de não poder herdar de volta.

> *Art. 1.693. Excluem-se do usufruto e da administração dos pais:*
> *...*
> *IV - os bens que aos filhos couberem na herança, quando os pais forem excluídos da sucessão.*

5.2. ASPECTOS DISTINTIVOS: DIGNIDADE x DESERDAÇÃO

INDIGNIDADE	DESERDAÇÃO
De qualquer sucessor (herdeiro ou legatário);	Somente **herdeiro necessário**, leia-se: ascendente, descendente e cônjuge (se não for necessário, não há necessidade de deserdação; basta o testador dispor de todo o patrimônio e privar o sujeito de sua liberalidade).
Diz respeito a um ato praticado antes ou depois da abertura da sucessão;	Ato praticado antes da abertura da sucessão.
Ação de Indignidade (prazo decadencial de 04 anos contados da abertura da sucessão) Parágrafo único do 1.415, CC. Esta ação será promovida depois da morte (post mortem). Qualquer interessado tem legitimidade para ajuizar essa ação (irmãos, cônjuge, Fazenda Pública.) MP tem legitimidade? Enunciado 116. Sim. (Chaves e Silvio Rodrigues contra). Segue o procedimento comum ordinário.	- Manifestação de vontade do autor da herança, através de testamento, **que necessita de homologação judicial.** - Somente o autor da herança pode deserdar.
Causas de indignidade do CC: art. 1.814.	Causas de deserdação: As mesmas de indignidade (1.814), além das causas do art. 1962 e 1963 do CC.

5.3. CAUSAS DE INDIGNIDADE (ART. 1.814)

> *Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros (necessários e facultativos e/ou testamentários) 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;*

Não se exige condenação criminal. A prova pode ser produzida pelo juízo civil.

> *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;*

Aqui se exige sentença penal condenatória, pois o legislador falou em **CRIME**, que somente o juízo penal pode reconhecer. Enquanto não transitar em julgado a sentença não existe CRIME.

No inciso I fala-se em homicídio, fato jurídico, que pode ser reconhecido por qualquer juiz (dica: na hora da prova lembrar-se da gravidade do homicídio, por ser tão grave, o legislador civil permitiu que fosse reconhecido pelo juízo cível mesmo sem ser pelo juízo penal).

> *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.*

Exemplo: Marido joga no mar o cofre onde estava o testamento da mulher.

ESSE ROL É TAXATIVO. Entretanto, o STJ reconheceu a tese da tipicidade finalística. Ou seja: O juiz pode considerar outras hipóteses de indignidade, DESDE que tenham a mesma finalidade. Assim, é possível ao juiz admitir como indignidade o induzimento ao suicídio, pois tem a mesma finalidade. Entretanto, não pode admitir homicídio culposo, por exemplo.

Essa tese da ***tipicidade finalística*** também se aplica à deserdação e à ingratidão do donatário.

5.4. CAUSAS DE DESERDAÇÃO (1.814, 1.962 E 1.963)

> *Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros (necessários e facultativos e/ou testamentários) 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.*
>
> *Art. 1.962. Além das causas mencionadas no **art. 1.814** (causas de indignidade), autorizam a **deserdação** 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** (causas de indignidade), autorizam a **deserdação** 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;*

E o cônjuge, enquanto herdeiro necessário, não pode ser ***deserdado***?

O cônjuge somente pode ser deserdado nas hipóteses de INDIGNIDADE, pois nesses dois artigos acima ele não foi previsto. Ou seja, se a madrasta mantém relações com o enteado, o marido pode deserdar o filho, mas não a mulher.

Crítica: violação da regra da reciprocidade.

O CC permite a denominada reabilitação do indigno, também chamada de perdão do autor da herança (art. 1.818). Deve ser expresso em testamento ou outro ato autêntico. Esse perdão funciona como um óbice à ação de indignidade.

> *Art. 1.818. Aquele que incorreu em atos que determinem a exclusão da herança será admitido a suceder, se o ofendido o tiver expressamente reabilitado em testamento, ou em outro ato autêntico.*

6. CESSÃO DE DIREITOS HEREDITÁRIOS (ART. 1.793)

6.1. INTRODUÇÃO

A herança tem natureza econômica, essência patrimonial. Por conta disso, a herança admite circulação. Todo e qualquer ato de disposição da herança chama-se cessão, que pode ser a título oneroso ou gratuito, no todo ou em parte.

- Título gratuito: Assemelha-se a doação.
- Título oneroso: Assemelha-se à compra e venda.

> *Art. 1.793. O direito à sucessão aberta, bem como o quinhão de que disponha o coerdeiro, pode ser* ***objeto de cessão por ESCRITURA PÚBLICA.***
> *§ 3º Ineficaz é a disposição,* ***sem prévia autorização do juiz da sucessão****, por qualquer herdeiro, de bem componente do acervo hereditário,* ***pendente a indivisibilidade****.*

6.2. REQUISITOS DA CESSÃO DE DIREITOS HEREDITÁRIOS

Temos o seguinte:

- Requisito temporal: lapso entre abertura da sucessão e prolação de sentença de partilha;
- Requisitos subjetivos (02): capacidade do cedente e outorga do cônjuge (se for o caso);
- Requisito formal: mediante escritura pública, pois tal direito é considerado imóvel por ficção jurídica.
- Requisito objetivo: não pode ser cedido bem considerado singularmente. Há exceção.

  Observância do direito de preferência dos demais herdeiros.

6.2.1. Requisito temporal

O ato de cessão deve ser praticado entre a abertura da sucessão e a prolação da sentença de partilha.

Por quê? ***Antes da abertura*** da sucessão ninguém pode dispor de direitos hereditários (art. 426). É a proibição do pacto sucessório ou pacta corvina.

> *Art. 426. Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva.*

Depois da partilha: O direito já é próprio. Ou será doação ou compra e venda.

6.2.2. Requisito subjetivo

- Capacidade do cedente;
- Outorga do cônjuge (pois transmissão de bem imóvel), se casado, sob a pena de anulabilidade (prazo de 02 anos contados do término do casamento), salvo se casados em separação convencional de bens.

No regime de separação LEGAL (que passou a incidir no caso de matrimônio de pessoas maiores de 70 anos) é necessária também a vênia conjugal, consoante com a Súmula 377 STF. Ver acima.

> *Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:*
> *I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;*
> ***II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.344, de 2010)***
> *III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.*

> *STF Súmula 377 NO REGIME DE SEPARAÇÃO LEGAL DE BENS, COMUNICAM-SE OS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO.*

Essa súmula traz para a separação obrigatória um princípio da comunhão parcial, mas não identifica os regimes.

6.2.3. Requisito formal

Escritura pública, sob a pena de nulidade, pois é transmissão de bem imóvel (dispensado o registro em cartório de imóveis).

> *Art. 1.793. O direito à sucessão aberta, bem como o quinhão de que disponha o coerdeiro, pode ser objeto de* ***cessão por ESCRITURA PÚBLICA.***

6.2.4. Requisito objetivo

A cessão de direitos hereditários tem sempre como objeto uma universalidade, vedada a cessão de bens específicos.

O objeto da cessão será sempre uma universalidade (10%; 20% da herança).

> *CC Art. 1.793, § 2º É* ***ineficaz*** *a cessão, pelo coerdeiro, de seu direito hereditário sobre qualquer bem da herança considerado singularmente.*

DUAS EXCEÇÕES, onde se admite a cessão de bem específico:

- Quando houver **anuência de todos os interessados** (herdeiros e Fazenda Pública, e o MP se houver interesse de incapaz);
- Cessão de legado

6.3. OBSERVÂNCIA DO DIREITO DE PREFERÊNCIA DOS DEMAIS HERDEIROS

Somente é necessário na cessão onerosa; se for a título gratuito, não se exige o direito de preferência.

O respeito ao direito de preferência se faz através de notificação extrajudicial no prazo mínimo de 30 dias. Se mais de um coerdeiro quiser exercer a preferência, aplica-se o art. 504 §único (regras do condomínio).

> *Art. 1.794. O coerdeiro não poderá ceder a sua quota hereditária a pessoa estranha à sucessão, se outro coerdeiro a quiser, tanto por tanto.*
>
> ***Art. 1.795.** O coerdeiro, a quem não se der conhecimento da cessão, poderá, **depositado o preço**, haver para si a quota cedida a estranho, se o requerer até cento e oitenta dias após a transmissão.*
> *Parágrafo único. Sendo vários os coerdeiros a exercer a preferência, entre eles se distribuirá o quinhão cedido, na proporção das respectivas quotas hereditárias.*
>
> *Art. 504. **Não** pode um condômino em coisa indivisível **vender** a sua parte a estranhos, se outro consorte a quiser, tanto por tanto. O condômino, a quem não se der conhecimento da venda, poderá, depositando o preço, haver para si a parte vendida a estranhos, se o requerer no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de decadência.*
> *Parágrafo único. Sendo muitos os condôminos, preferirá o que tiver benfeitorias de maior valor e, na falta de benfeitorias, o de quinhão maior. Se as partes forem iguais, haverão a parte vendida os coproprietários, que a quiserem, depositando previamente o preço.*

Se um herdeiro vender sem dar preferência aos demais, o ato será ***ineficaz*** perante os coerdeiros. Os interessados prejudicados poderão promover dentro de 180 dias, a ***ação de adjudicação compulsória***. Aqui haverá um *litisconsórcio passivo necessário unitário* entre o herdeiro alienante e o terceiro adquirente. Esse prazo tem como termo a quo a data do conhecimento da alienação, ***teoria da 'actio nata'***.

O CC exige que nesta ação, o autor da ação (herdeiro prejudicado), faça o depósito do valor do negócio tanto por tanto.

6.4. POSIÇÃO DO CESSIONÁRIO E ESPÉCIE DE NEGÓCIO JURÍDICO QUE CONFIGURA A CESSÃO DE DIREITOS HEREDITÁRIOS

O cessionário assumirá a posição do cedente, tendo legitimidade, inclusive, para requerer a abertura do inventário.

É possível que o cessionário tenha pagado 10 mil e receba 5 mil de herança. A cessão é um ***negócio jurídico aleatório***, e sobre ele não incidem vícios redibitórios ou evicção. Ou seja, se o valor que o cessionário receber for menor do que o pago, nada ele poderá fazer.

Se sobrevierem direitos até então ignorados pertencem ao CEDENTE, pois ninguém pode ceder aquilo que não sabe ter.

> *CC Art. 1.793, § 1º Os direitos, conferidos ao herdeiro em consequência de substituição ou de direito de acrescer, **presumem-se não abrangidos pela cessão feita anteriormente**.*

7. ACEITAÇÃO DA HERANÇA

7.1. PREVISÃO LEGAL

> *Art. 1.804. Aceita a herança, torna-se definitiva a sua transmissão ao herdeiro, desde a abertura da sucessão (efeito ex tunc).*
> *Parágrafo único. A transmissão tem-se por não verificada quando o herdeiro renuncia à herança.*

A herança é transmitida automaticamente por saisine.

Na herança, a aceitação tem natureza confirmatória e opera efeitos retroativos (ex tunc).

7.2. CLASSIFICAÇÃO DA ACEITAÇÃO DA HERANÇA

7.2.1. Quanto à pessoa que aceita

Direta: decorre de manifestação do próprio herdeiro ou legatário.

Indireta: só existe um caso – o credor do renunciante. O credor do renunciante pode aceitar por ele, no limite do seu crédito. Mandatário NÃO é aceitador indireto, pois ele aceita em nome do aceitante.

> *Art. 1.813. Quando o herdeiro **prejudicar os seus credores**, renunciando à herança, **poderão eles**, com autorização do juiz, **aceitá-la em nome do renunciante**.*
> *§ 1o A habilitação dos credores se fará no prazo de trinta dias seguintes ao conhecimento do fato.*
> *§ 2o Pagas as dívidas do renunciante, prevalece a renúncia quanto ao remanescente, que será devolvido aos demais herdeiros.*

7.3. Quanto à manifestação de vontade

> *Art. 1.805. A aceitação da herança, quando **expressa**, faz-se por declaração escrita; quando **tácita**, há de resultar tão somente de atos próprios da qualidade de herdeiro.*

a) Expressa: por escrito. Não pode ser verbalmente.

b) Tácita: comportamental. Ato do herdeiro ou legatário que demonstra sua vontade de aceitar herança. Exemplos:

-Outorga de procuração para um advogado habilitar o interessado em processo de inventário.

-Cessão de direitos hereditários. Para ceder, é preciso ter aceitado antes! Exceto no caso em que o indivíduo “cede” aos demais herdeiros, caso em que na verdade, houve renúncia.

> *Art. 1.805*
> *§ 1o Não exprimem aceitação de herança os atos oficiosos, como o funeral do finado, os meramente conservatórios, ou os de administração e guarda provisória.*
> *§ 2o Não importa igualmente aceitação a cessão gratuita, pura e simples, da herança, aos demais coerdeiros.*

Advertência: não induz a aceitação a prática dos atos ordinatórios ou oficiosos. Como por exemplo, pagamento das despesas de funeral, remoção de bens para não periclitar. Esses atos refletem muito mais um intuito moral do que jurídico.

c) Presumida: decorre do silêncio do réu na ação interrogatória. ***Actio interrogatória.*** É a ação promovida pelo terceiro interessado em saber se o herdeiro ou legatário vai aceitar o benefício.

> *Art. 1.807. O interessado em que o herdeiro declare se aceita, ou não, a herança, poderá, **vinte dias após aberta a sucessão**, requerer ao juiz prazo razoável, **não maior de trinta dias**, para, nele, se pronunciar o herdeiro, **sob pena de se haver a herança por aceita**.*

A ação interrogatória somente pode ser ajuizada 20 dias após a abertura da sucessão. Por que se deve esperar 20 dias? O CC estabeleceu um prazo de reflexão, para o herdeiro refletir e pensar se vai aceitar.

Ajuizada a actio interrogatória, abre-se para o réu, a partir da citação um prazo de 30 dias. Nesses 30 dias o réu pode: aceitar expressamente por escrito; aceitar tacitamente ou permanecer silente. No último caso, presume-se a aceitação.

Em qualquer de suas modalidades, a aceitação é **irrevogável** e **irretratável**.

> *Art. 1.812. São **irrevogáveis** os atos de **aceitação** ou de renúncia da herança.*

Vale dizer: se alguém aceitou, não pode mais se retratar. Pode até anular, por vício de vontade e tal (erro, dolo, coação), nesta senda, se alguém renuncia depois de ter aceitado, já há fato gerador do ITCMD, não afastando a incidência do tributo.

No direito brasileiro, toda a aceitação é "em ***benefício de inventário"***. Essa expressão significa: toda aceitação é no limite das forças da herança. Ou seja, o herdeiro ou legatário não responde além das forças daquilo que lhe está sendo transmitido.

> *Art. 1.808. Não se pode aceitar ou renunciar a herança em parte, sob condição ou a termo.*

A aceitação no Brasil é ***plena*** e ***integral***, não aceitando nenhuma condição nem termo.

O art. 1808, §2º traz uma exceção: aquele que sucede por mais de um título (exemplo: quem é herdeiro e legatário ao mesmo tempo), pode aceitar apenas um, alguns ou todos. Neste caso, portanto seria permitida uma 'aceitação parcial'. Chaves: não há aceitação parcial, há aceitação total: é aceitação integral de cada um dos títulos.

> *Art. 1.808,*
> *§ 1o O herdeiro, a quem se testarem legados, pode aceitá-los, renunciando a herança; ou, aceitando-a, repudiá-los.*
> *§ 2o O herdeiro, chamado, na mesma sucessão, a mais de um quinhão hereditário, sob títulos sucessórios diversos, pode livremente deliberar quanto aos quinhões que aceita e aos que renuncia.*

8. RENÚNCIA À HERANÇA

8.1. PREVISÃO LEGAL

> *Art. 1.804. Aceita a herança, torna-se definitiva a sua transmissão ao herdeiro, desde a abertura da sucessão.*
> *Parágrafo único. A transmissão tem-se por não verificada quando o herdeiro renuncia à herança.*

É o ato de despojamento daquilo que está sendo transmitido automaticamente. Ela opera efeitos retroativos, isso ocorre para que aniquile a transmissão automática.

Diferentemente da aceitação, ela deve ser sempre expressa, mas tal qual a aceitação ela é sempre **irrevogável** ou **irretratável**.

> *Art. 1.812. São **irrevogáveis** os atos de aceitação ou de **renúncia da herança**.*
>
> *Art. 1.813. Quando o herdeiro prejudicar os seus credores, renunciando à herança, poderão eles, com autorização do juiz, aceitá-la em nome do renunciante. (aceitação indireta)*
> *§ 1º A habilitação dos credores se fará no prazo de trinta dias seguintes ao conhecimento do fato.*
> *§ 2º Pagas as dívidas do renunciante, prevalece a renúncia quanto ao remanescente, que será devolvido aos demais herdeiros.*

Ela deve ser sempre por **escritura pública** ou **termo judicial**, sob pena de nulidade (a herança é um bem imóvel).

> *Art. 1.806. A renúncia da herança deve constar expressamente de **instrumento público ou termo judicial**.*

8.2. REQUISITOS DA RENÚNCIA À HERANÇA

São dois: capacidade do renunciante e consentimento do cônjuge.

8.2.1. Capacidade do renunciante

Se for incapaz, somente pode renunciar com autorização judicial, ouvido o MP. Exemplo: quando o passivo da herança for maior que o ativo, isso para que o menor não tenha despesas com honorários advocatícios.

8.2.2. Consentimento do cônjuge

Doutrina debate se é exigido ou não.

1ªC - MHD sustenta a necessidade de outorga do cônjuge sob o argumento claro de que renúncia à herança é despojamento de bem imóvel, por isso causará impacto familiar e causará impacto no patrimônio, sob a pena de nulidade. Exceto para quem é casado na separação convencional.

2ªC - Outra corrente (Silvio Rodrigues), não exige a outorga, isso porque o art. 5 XXX trata a herança como direito fundamental e assim sendo, não poderia ter seu exercício condicionado à condição da aquiescência do cônjuge.

Operada a renúncia, o renunciante será tratado como se nunca tivesse existido. Assim sendo, percebe-se que os descendentes do renunciante não podem reclamar nada *(lembrando: na indignidade e deserdação, os descendentes do indigno/deserdado recebem, na pré-morte, todos sucessores do pré-morto recebem)*. Então o efeito jurídico da renúncia é a exclusão do renunciante.

Só existe um caso em que o **herdeiro do renunciante terá direito a alguma coisa**: quando

todos os herdeiros da mesma classe renunciam. Neste caso, os herdeiros receberão por ***direito próprio***. Lembrando que no caso de indignidade ou deserdação, os herdeiros dos indignos ou deserdados recebem por ***representação*** ou ***estirpe***.

O herdeiro não se torna incompatível com a herança, isto quer dizer que se ele renunciar, assim como todos os da mesma linha, e o herdeiro do renunciante receber, este último fará jus a administração e usufruto da herança. Se o seu herdeiro morrer, nada obsta que ele (renunciante) herde de novo (contrário da indignidade/deserdação em que há incompatibilidade entre o patrimônio do *de cujus* e o herdeiro/legatário indigno/deserdado).

8.3. RENÚNCIA ABDICATIVA OU TRANSLATIVA OU IN FAVOREM

Alguns autores dividem a renúncia em ***abdicativa*** e ***translativa*** ou ***in favorem***.

1) Abdicativa: pura, simples.

2) Translativa ou *in favorem*: em favor de terceiro.

No Brasil, somente a **abdicativa** é renúncia. O que alguns autores chamam de renúncia *translativa*, nada mais é do que ***cessão de direitos hereditários*** e em razão disso, por lógica, um duplo fato gerador do tributo: ato de transmissão causa mortis (ITCMD – competência estadual) e ITBI (competência municipal).

SUCESSÃO LEGÍTIMA (DECORRE DA LEI)

1. INTRODUÇÃO

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:
*I - aos **DESCENDENTES**, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;*
*II - aos **ASCENDENTES**, em concorrência com o cônjuge;*
*III - ao **CÔNJUGE** sobrevivente;*
*IV - aos **COLATERAIS**.*

CC/16 art. 1.603	CC/02 art. 1829/1790
Descentes	Descendentes + Cônjuge/Companheiro
Ascendentes	Ascendentes + Cônjuge/Companheiro
Cônjuge supérstite (lei 8.971/94 → companheiro)	Cônjuge/ Companheiro sozinho
Colateral 4º	Colateral 4º
Fazenda pública	Fazenda pública (*não havendo herdeiros)*

*Quadro CC/16 - observado este rol, percebe-se que era difícil o cônjuge receber a herança. Assim o CC buscou compensá-lo com o ***usufruto vidual*** (decorre da viuvez). Era direito reconhecido ao cônjuge e ao companheiro de administrar e colher os frutos de ½ ou ¼ do patrimônio transmitido aos herdeiros, dependendo do regime de bens.

O CC/02 pôs fim ao usufruto vidual.

*Quadro CC/02 – conclusões:

a) Paridade entre o cônjuge e companheiro.

b) Os grandes prejudicados foram os descentes e ascendentes.

c) Os grandes beneficiários foram o cônjuge e o companheiro, que agora recebem a herança junto com os descentes e ascendentes.

d) A fazenda pública deixou de ser herdeira, porque na verdade ela recebe na ausência de herdeiros, através do procedimento de herança jacente e vacante.

2. SUCESSÃO DOS DESCENDENTES

É norteada por duas regras:

1ª) Igualdade entre os descendentes: não pode haver discriminação entre os descendentes.
2ª) O mais próximo afasta o mais remoto, ou seja, a existência de um descente mais próximo obsta que se chame o mais distante.

> *Art. 1.833. Entre os descendentes, **os em grau mais próximo excluem os mais remotos**, salvo o direito de representação.*

Exemplo: se tem filho não se chama o neto, se tem neto não se chama o bisneto.

Sobre esse tema, deve-se dizer que não há possibilidade de concorrência simultânea entre filhos e netos, pois a existência do mais próximo sempre afasta o mais remoto. Todavia há uma exceção: são os casos de *sucessão por representação* (recebem por *estirpe*):

-Indignidade

-Deserdação

-Pré-morte.

Neste caso, excepcionalmente, teremos concorrência de herdeiros de diferentes classes. Aqui é beneficiado o descendente do indigno ou deserdado.

> *Art. 1.834. Os descendentes da mesma classe têm os mesmos direitos à sucessão de seus ascendentes.*
>
> *Art. 1.835. Na linha DESCENDENTE, os filhos sucedem por cabeça, e os outros DESCENDENTES, por cabeça ou por estirpe, conforme se achem ou não no mesmo grau.*

3. SUCESSÃO DOS ASCENDENTES

Regras:

1ª) Não pode haver discriminação entre os ascendentes. Exemplo: filho adotado gera para o pai adotante direito sucessório.

> *Art. 1.834. Os descendentes da mesma classe têm os mesmos direitos à sucessão de seus ascendentes.*

2ª) A existência de ascendente mais próximo afasta o mais distante. Exemplo: se tem pai não chama avô, se tem avô não chama bisavô...

> *Art. 1.836. **Na falta de descendentes**, são chamados à sucessão os ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente.*
> *§ 1o Na classe dos ascendentes, o **grau mais próximo exclui o mais remoto**, sem distinção de linhas.*

3ª) A sucessão dos ascendentes é a única dívida em linhas: linha materna/paterna. Se não há representante em uma linha, a outra acresce. A herança será dividida em linhas: se têm um avô e uma avó, 50%. Tendo de um lado avô e avó e de outro só avó, será 25%, 25% e 50% - divisão por linhas.

> *Art. 1.836, § 2o Havendo igualdade em grau e diversidade em linha, os ascendentes da linha paterna herdam a metade, cabendo a outra aos da linha materna.*

4. SUCESSÃO DO CÔNJUGE

IMPORTANTE: observar as regras no caso de concorrência à herança.

4.1. CONCORRÊNCIA CÔNJUGE X DESCENDENTE

> *Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:*
> *I - **aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente**, SALVO SE casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares (como se fosse uma comunhão universal...);*

Lembrando que o cônjuge não tem mais direito ao usufruto vidual (administrar e retirar os frutos do patrimônio transferido aos descendentes).

Regras:

a) Existência de descendentes.

b) Depende do regime de bens (e da existência de bens particulares);

c) Obediência ao percentual definido em lei.

4.1.1. Existência de descendentes

Regra óbvia.

4.1.2. Depende do regime de bens (e da existência de bens particulares)

Isto porque existem alguns regimes de bens nos quais o CC proíbe a concorrência do cônjuge com o descendente. Nos casos em que concorre, o cônjuge somente faz jus à herança sobre os bens particulares. Vejamos as possibilidades:

- Comunhão universal: o cônjuge já tem direito a metade de TODO patrimônio. O fundamento é no sentido de que neste regime o cônjuge já tem direito a metade de tudo, inclusive com relação aos bens que não colaborou para aquisição, de modo que não há sentido que também tenha direito a herança.

- Comunhão parcial SEM bens particulares: na prática corresponde a uma comunhão universal. Comunhão parcial sem bens particulares equivale à comunhão universal, pois cônjuge já terá direito, por meação, a metade de tudo que o casal possui.

ATENÇÃO!

O cônjuge irá herdar se o falecido deixou descendentes?
Depende. Para responder a isso deveremos analisar o regime de bens (art. 1.829, I, do CC).

Se o cônjuge era casado sob o regime da comunhão parcial de bens e o falecido deixou descendentes, o cônjuge terá direito à herança?

- **Se o falecido NÃO deixou bens particulares: o cônjuge sobrevivente não terá direito à herança. Vale ressaltar, no entanto, que ele, como cônjuge, já tem direito à metade desses bens por ser meeiro.**
  Ex: João morreu e deixou quatro casas de igual valor; João não deixou bens particulares; Maria (esposa de João) terá direito a duas casas por ser meeira; os filhos de João herdarão as outras duas casas; Maria não terá direito à herança.

- **Se o falecido deixou bens particulares: tais bens particulares serão herdados tanto pelo cônjuge como pelos descendentes (eles dividirão/concorrerão).**
  Ex: João morreu e deixou quatro casas de igual valor; duas dessas casas eram bens comuns do casal (casas "A" e "B"); as duas outras eram bens particulares de João (casas "C" e "D", que ele possuía em seu nome mesmo antes de se casar); Maria (esposa de João) terá direito a uma casa (ex: "A") por ser meeira (a meeira tem direito a metade dos bens comuns); os filhos de João herdarão sozinhos (sem a participação de Maria) a casa "B"; os filhos de João, em concorrência com Maria, herdarão também as casas "C" e "D" (bens particulares de João).

O entendimento do STJ está em harmonia com o enunciado da Jornada de Direito Civil:
Enunciado 270-CJF: O art. 1.829, inciso I, só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando casados no regime da separação convencional de bens ou, se casados nos regimes da comunhão parcial ou participação final nos aquestos, o falecido possuísse bens particulares, hipóteses em que a concorrência restringe-se a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes.

Resumindo: o cônjuge sobrevivente, casado sob o regime de comunhão parcial de bens, somente concorrerá com os descendentes do cônjuge falecido com relação aos bens particulares eventualmente constantes do acervo hereditário.
STJ. 2ª Seção. REsp 1.368.123-SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, Rel. para acórdão Min. Raul Araújo, julgado em 22/4/2015 (Info 563).

- Separação obrigatória: não haverá direito sucessório para o cônjuge concorrendo com o descendente, ocorre porque tal direito é somente sobre os bens particulares. A separação obrigatória é o regime protetivo do CC. Esse regime incide em relação aos maiores de 70 anos por exemplo. Como esse regime separa o patrimônio, em caso de fim da sociedade, o cônjuge também não herda. Atentar para Súmula 377 do STF que traz um princípio da comunhão parcial à separação obrigatória. De forma a se aplicar no caso em tela a divisão do patrimônio comunicável adquirido na constância do casamento (que, ao contrário da comunhão parcial, onde há presunção, aqui deve ser feita a prova do esforço comum para que haja tal meação).

> ***STF** Súmula 377 NO REGIME DE SEPARAÇÃO LEGAL DE BENS, COMUNICAM-SE OS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO.*

Separação convencional: Não ser quer misturar patrimônio nenhum, entretanto, pela literalidade do art. 1.829, I o cônjuge não terá direito a meação, mas terá direito à herança.

> *Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:*

*I - aos descendentes, em **concorrência com o cônjuge sobrevivente**, SALVO SE casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação **obrigatória** de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;*

ATENÇÃO!

O cônjuge, qualquer que seja o regime de bens adotado pelo casal, é herdeiro necessário (art. 1.845 do CC).

No regime de separação convencional de bens, o cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes do falecido. A lei afasta a concorrência apenas quanto ao regime da separação legal de bens previsto no art. 1.641 do CC.

STJ. 2ª Seção. REsp 1.382.170-SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, Rel. para acórdão Min. João Otávio de Noronha, julgado em 22/4/2015 (Info 562).

RESUMINDO – SUCESSÃO DO CÔNJUGE:

I – Situações em que o cônjuge herda em concorrência com os descendentes	II – Situações em que o cônjuge não herda em concorrência com os descendentes
• Regime da comunhão parcial de bens, se existirem bens particulares do falecido. • Regime da separação convencional de bens (é aquela que decorre de pacto antenupcial).	• Regime da comunhão parcial de bens, se não havia bens particulares do falecido. • Regime da separação legal (obrigatória) de bens (é aquela prevista no art. 1.641 do CC). • Regime da comunhão universal de bens.

Observação importante para fins de concurso: o fato de o cônjuge não ter direito à herança, se existirem descendentes do falecido e dependendo do tipo de regime de bens, não faz com que ele (cônjuge) perca sua qualidade de herdeiro necessário. Ele continua sendo chamado de "herdeiro necessário" mesmo que, eventualmente, no caso concreto, não venha a ter direito à herança. Chamo atenção para isso porque é o entendimento do STJ e pode ser cobrado na prova. Veja o que disse o Min. João Otávio de Noronha:

"E a norma contida no art. 1.829, I, do mesmo codex não altera essa realidade. O que ali está definido são as situações em que o herdeiro necessário cônjuge concorre com o herdeiro necessário descendente. Aí, sim, a lei estabelece que, a depender do regime de bens adotado, tais herdeiros necessários concorrem ou não entre si aos bens da herança. E percebam: a lei não afasta a condição de herdeiro necessário do cônjuge nos casos em que não admite a concorrência; simplesmente atribui ao descendente a primazia na ordem da vocação hereditária. (...)". (REsp 1.382.170-SP).

4.1.3. Obediência ao percentual legal

Mesmo percentual dos descendentes, ressalvando-se, ainda, a hipótese da garantia mínima de 1/4 quando o cônjuge herdeiro for o ascendente dos descendentes que estiver concorrendo (o descendente é filho comum do falecido e do cônjuge herdeiro).

Art. 1.832. Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a

> *sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer.*

Assim, se os descendentes forem somente do de cujus, o cônjuge terá direito ao mesmo quinhão, mas sem a garantia de 1/4. ***E no caso de concorrência HÍBRIDA?***

"Concorrência híbrida" (filho comum e filho não comum)

Em regra, o cônjuge deverá receber quinhão igual ao que for recebido pelos herdeiros que sucederem por cabeça.

Não existe essa previsão de que o cônjuge deverá receber, no mínimo, 1/4 da herança (REsp 1.617.650-RS). A previsão de que o cônjuge deverá receber, no mínimo, 1/4 da herança caso aplica-se apenas quando concorre unicamente com herdeiros que sejam seus descendentes

Ex1: Rui faleceu e deixou Laura (cônjuge) e dois filhos fruto de outro casamento. Significa que Laura e cada um dos seus enteados terá direito a 1/3 da herança.

Ex2: José faleceu e deixou como herdeiros Paula (cônjuge) e 5 filhos, sendo 3 filhos também de Paula e 2 de um outro casamento anterior de José. Paula e cada um dos demais herdeiros receberá 1/6 da herança.

4.2. CONCORRÊNCIA CÔNJUGE X ASCENDENTE

> *Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:*
> *...*
> *II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;*
> *..*
>
> *Art. 1.836. Na falta de descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente.*
> *§ 1º Na classe dos ascendentes, o grau mais próximo exclui o mais remoto, sem distinção de linhas.*
> *§ 2º Havendo igualdade em grau e diversidade em linha, os ascendentes da linha paterna herdam a metade, cabendo a outra aos da linha materna.*

a) Inexistência de descendentes

Na falta de descendentes serão chamados os ascendentes a concorrer com o cônjuge.

b) Independe do regime de bens

Seja qual for o regime, o cônjuge irá concorrer com os ascendentes.

c) Concorrência incide sobre todo patrimônio

Quando concorrendo com ascendentes do "de cujus", o cônjuge concorre em relação à totalidade da herança, ou seja, **herda tanto em relação aos bens comuns quanto particulares** (contrariamente do que ocorre na concorrência com descendentes, em que o cônjuge concorre apenas nos bens particulares).

d) Percentual de ½; 1/3 quando concorre com pai E mãe

Em regra, quando concorrer com UM ascendente, o cônjuge herda METADE do patrimônio,

salvo a hipótese que concorra com pai e mãe do falecido ao mesmo tempo, quando herdará no percentual de 1/3. Mas frisa-se: esse percentual de 1/3 só incide se o cônjuge concorrer com pai E mãe ao mesmo tempo; qualquer outra combinação terá ele direito a metade, como quando concorre com mãe do falecido.

> *Art. 1.837. Concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente (exemplo: concorrendo com a mãe do de cujus), ou se maior for aquele grau (exemplo: concorrendo com os avós do de cujus).*

Cônjuge com pai e mãe: herda 1/3

Cônjuge com pai OU mãe: herda 1/2

Cônjuge com mãe e avó: herda 1/2

4.3. SUCESSÃO DO CÔNJUGE SOZINHO

> *Art. 1.838. Em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente.*

Se não há descentes ou ascendentes do morto, recebe todo patrimônio sozinho, independentemente do regime de bens.

IMPORTANTE: O cônjuge precisa estar convivendo na época da sucessão para gozar de direitos sucessórios.

a) Falta de ascendentes e descendentes

b) Independe do regime de bens

c) O cônjuge no momento do óbito precisa estar convivendo para ter direito a herança.

Se estiver divorciado, separado judicialmente ou de fato a mais de dois anos não tem direito. Art. 1830.

> *Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.*

A doutrina apelidou isso de *culpa mortuária* ou *culpa funerária*. Ou seja, que o casamento se desfez por culpa de quem morreu.

IMPORTANTE!

Ocorrendo a morte de um dos cônjuges após dois anos da separação de fato do casal, é legalmente relevante, para fins sucessórios, a discussão da culpa do cônjuge sobrevivente pela ruptura da vida em comum, cabendo a ele o ônus de comprovar que a convivência do casal se tornara impossível sem a sua culpa.
Assim, em regra, o cônjuge separado há mais de dois anos não é herdeiro, salvo se ele (cônjuge sobrevivente) provar que não teve culpa pela separação.
STJ. 4ª Turma. REsp 1.513.252-SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 3/11/2015 (Info 573).

4.4. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO: ART. 1.831.

Além de herança e meação, o cônjuge tem o *direito real de habitação*. Ou seja, direito de continuar morando no imóvel residencial, quando este não foi adquirido a título de meação ou de herança. Esse direito real de habitação, como visto na aula de reais, é ***vitalício*** e ***incondicionado***.

> *Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.*

O regime de bens não interfere no direito real de habitação do cônjuge.

Se o cônjuge sobrevivente casar-se novamente, ele continuará tendo direito real de habitação?

SIM (posição majoritária). Isso porque o Código Civil de 1916 previa que o direito real de habitação seria extinto caso o cônjuge sobrevivente deixasse de ser viúvo, ou seja, caso se casasse ou iniciasse uma união estável (art. 1.611, § 2º). Como o CC-2002 não repetiu essa regra, entende-se que houve um silêncio eloquente e que não mais existe causa de extinção do direito real de habitação em caso de novo casamento ou união estável. Veja o que diz a doutrina:

"Comparando-se o art. 1831 do Código Civil de 2002 com o seu antecessor (art. 1.611, CC 1916), houve substancial acréscimo qualitativo do direito real de habitação em favor do cônjuge sobrevivente. Primeiro, o cônjuge passa a desfrutar do direito real de habitação, independente do regime de bens adotado no matrimônio - no CC de 1916, só caberia em prol do meeiro no regime da comunhão universal. Segundo, no CC de 1916 o direito de habitação era vidual, posto condicionada a sua permanência à manutenção da viuvez. Doravante, mesmo que o cônjuge sobrevivente case novamente ou inaugure união estável, não poderá ser excluído da habitação, pois tal direito se torna vitalício." (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direitos Reais. 8ª ed., Salvador: Juspodivm, 2012, p. 856-857).

O direito real de habitação precisa ser inscrito no registro imobiliário?

NÃO. O STJ possui precedentes afirmando que o direito real de habitação em favor do cônjuge sobrevivente se dá ex vi legis, ou seja, por força de lei, dispensando registro no cartório imobiliário, já que guarda estreita relação com o direito de família (STJ. 3ª Turma. REsp 565.820/PR, julgado em 16/09/2004).

O fato de o cônjuge falecido ter tido filhos com outra mulher interfere no direito real de habitação da esposa sobrevivente?

NÃO. O direito real de habitação sobre o imóvel que servia de residência do casal deve ser conferido ao cônjuge/companheiro sobrevivente não apenas quando houver descendentes comuns, mas também quando concorrerem filhos exclusivos do de cujos (STJ. 3ª Turma. REsp 1134387/SP, julgado em 16/04/2013).

Até quando dura o direito real de habitação?

O titular do direito real de habitação poderá, se quiser, morar no imóvel até a sua morte. Trata-se, portanto de um direito vitalício.

5. SUCESSÃO DO COMPANHEIRO (art. 1790)

O STF declarou o art. 1.790 do CC inconstitucional. Assim, tudo que foi visto para a sucessão do cônjuge aplica-se ao companheiro.

> *Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, **quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável**, nas condições seguintes:*
> *I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;*
> *II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;*
> *III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;*
> *IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.*

A tese fixada pelo STF foi a seguinte:

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 art. 1.829 do Código Civil. STF. Plenário. RE 646721/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Roberto Barroso e RE 878694/MG, Rel. Min. Roberto Barroso, julgados em 10/5/2017 (repercussão geral) (Info 864).

O STJ acompanhou o entendimento do Supremo e decidiu de forma similar:

É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002. STJ. 3ª Turma. REsp 1332773-MS, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 27/6/2017 (Info 609).

6. SUCESSÃO DOS COLATERAIS

Os colaterais sucedem quando a pessoa falecida não tem descendentes, nem ascendentes e nem tem cônjuge ou companheiro.

Os colaterais são chamados a suceder até o quarto grau. Se uma pessoa falece sem deixar descendentes nem ascendentes, e deixa tão somente um colateral, se esse colateral estiver até o quarto grau de parentesco, será chamado a herdar. Se estiver além do quarto grau, não herdará – o Código não considera sequer parente o colateral além do quarto grau. Nesse caso, a herança será declarada herança VACANTE.

*Art. 1.839. **Se não houver cônjuge sobrevivente**, nas condições estabelecidas no art. 1.830, serão chamados a suceder os **colaterais até o quarto grau.***

Art. 1.840. Na classe dos colaterais, os mais próximos excluem os mais remotos, salvo o direito de representação concedido aos filhos de irmãos.

Art. 1.841. Concorrendo à herança do falecido irmãos bilaterais com irmãos unilaterais, cada um destes herdará metade do que cada um daqueles herdar.

Art. 1.842. Não concorrendo à herança irmão bilateral, herdarão, em partes iguais, os unilaterais.

Art. 1.843. Na falta de irmãos, herdarão os filhos destes e, não os havendo, os tios.
§ 1º Se concorrerem à herança somente filhos de irmãos falecidos, herdarão por cabeça.
§ 2º Se concorrem filhos de irmãos bilaterais com filhos de irmãos unilaterais, cada um destes herdará a metade do que herdar cada um daqueles.
§ 3º Se todos forem filhos de irmãos bilaterais, ou todos de irmãos unilaterais, herdarão por igual.

Art. 1.844. Não sobrevivendo cônjuge, ou companheiro, nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado a herança, esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal.

7. AÇÃO DE PETIÇÃO DE HERANÇA

7.1. CONCEITO

É a ação promovida pelo interessado que foi indevidamente excluído de uma sucessão. A petição de herança é uma ação condenatória, que objetiva condenar aquele que está ilegitimamente na posse e propriedade da herança a devolvê-la, no todo ou em parte, a quem de direito.

Exemplo: filho não reconhecido que ajuíza ação contra irmãos. Os demais herdeiros vão ser condenados a devolver parte.

Prazo prescricional: 10 anos contados da abertura da sucessão. Lembrando que a prescrição não corre contra o absolutamente incapaz.

A petição de herança pode ser cumulada com investigação de paternidade, por exemplo.

Na hipótese de já ter ocorrido a partilha, a própria sentença da petição de herança promoverá nova partilha.

Segundo Clóvis Beviláqua, a ação de petição de herança é uma ação real universal, tendo por fim fazer reconhecida a qualidade de herdeiro alegada pelo autor; e entregar-lhe os bens da herança no todo ou em parte, com os seus acessórios e rendimentos, desde a morte do “de cujus” (duplo objetivo).

Segundo o art. 1824 do CC/02:

> *Art. 1.824. O herdeiro pode, em ação de petição de herança, demandar o reconhecimento de seu direito sucessório, para obter a restituição da herança, ou de parte dela, contra quem, na qualidade de herdeiro, ou mesmo sem título, a possua.*

7.2. LEGITIMIDADE ATIVA

No que tange à legitimidade ativa, vale afirmar que por se tratar de ação universal, o herdeiro tem legitimidade para pleitear toda a herança ou o seu quinhão hereditário, não sendo permitido ao legatário se utilizar da petição de herança para reivindicar o bem individualizado, devendo intentar a **ação de petição de legado**.

Ademais, apesar do art. 1824 só mencionar a figura do herdeiro, o professor Eduardo de Oliveira Leite admite a legitimação do inventariante, do síndico da falência do morto ou do herdeiro, do administrador no concurso de credores, do testamenteiro, do curador da herança jacente do falecido ou do herdeiro, em virtude do evidente interesse econômico que envolve a atuação de tais interessados.

Porém, há quem entenda que a demanda em questão só pode ser ajuizada por quem se afirma herdeiro, através de prova pré-constituída ou produzida no curso da demanda, vedada a legitimação ao espólio do hereditando, por não possuir interesse de agir (Paulo Nader).

7.3. LEGITIMIDADE PASSIVA

Segundo o art. 1824, a petição de herança pode ser proposta tanto em face de quem ostente a qualidade de herdeiros como em face de terceiro que detenha bens da herança sem título jurídico. Porém, para parte da doutrina, a petição da herança só pode ser proposta contra herdeiro aparente ou sem título, cabendo ação reivindicatória contra terceiros que detenham o bem.

7.4. NATUREZA JURÍDICA DA AÇÃO DE PETIÇÃO DE HERANÇA

Para uma primeira corrente (Zeno Veloso e Caio Mário), a petição de herança é ***ação real***, uma vez que predomina o pedido de entrega do quinhão hereditário indevidamente possuído.

Todavia, para uma segunda corrente (Orlando Gomes e Washington de Barros Monteiro), a referida ***ação possui natureza mista***, ou seja, é pessoal em relação à pretensão do reconhecimento da qualidade de herdeiro e real em relação à pretensão de entrega ou restituição do quinhão hereditário do autor da demanda.

Há ainda uma terceira corrente, minoritária, que sustenta ser esta ***ação estritamente pessoal***, em consonância com a parte final da súmula:

> *SÚMULA 149 DO STF: "É IMPRESCRITÍVEL A AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE, MAS NÃO É A DE PETIÇÃO DA HERANÇA".*

7.5. PROCEDIMENTO

A priori, cumpre ressaltar que a ação de petição de herança terá lugar no CURSO DO PROCESSO DE INVENTÁRIO, antes da partilha ou até mesmo APÓS A SUA EFETIVAÇÃO (transitada em julgado a decisão que determinou ou que homologou a partilha e adjudicados os respectivos bens, prevalece o entendimento que a procedência da petição de herança enseja automaticamente o desfazimento da partilha ou da adjudicação, sem necessidade de requerimento expresso).

Vale destacar também que o art. 620 do NCPC dispõe que o inventariante deverá indicar nas primeiras declarações o rol dos herdeiros do de cujus, o grau de parentesco e a qualidade de cada um deles.

> *Art. 620. Dentro de 20 (vinte) dias contados da data em que prestou o compromisso, o inventariante fará as primeiras declarações, das quais se lavrará termo circunstanciado, assinado pelo juiz, pelo escrivão e pelo inventariante, no qual serão exarados:*
> *I - o nome, o estado, a idade e o domicílio do autor da herança, o dia e o lugar em que faleceu e se deixou testamento;*
> *II - o nome, o estado, a idade, o endereço eletrônico e a residência **dos herdeiros** e, havendo cônjuge ou companheiro supérstite, além dos respectivos dados pessoais, o regime de bens do casamento ou da união estável;*
> *III - a **qualidade dos herdeiros** e o grau de parentesco com o inventariado;*

Nesse contexto, a lei prevê, no entanto, que aquele que for preterido do rol indicativo, e que ostentar a qualidade de sucessor, poderá, antes de realizada a partilha, ***ingressar nos autos do inventário, através de simples petição***, demonstrando sua qualidade de herdeiro, requerendo sua habilitação no inventário.

Caso o referido pedido seja julgado procedente, o habilitante ingressará no inventário, não havendo necessidade da propositura da ação de petição de herança, por falta de interesse de agir.

7.6. PRAZO PRESCRICIONAL

1ª corrente: MINORITÁRIA. **Imprescritível**. *G. Hironaka, Luiz Paulo Vieira de Carvalho* = a ação de petição de herança é imprescritível, podendo ser intentada a qualquer tempo porque não se perde a qualidade de herança.

2ª corrente – MAJORITÁRIA (Zeno Veloso, Silvio Venosa, Sebastião Amorim, STF, S. 149 = **É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança**) A imprescritibilidade não se coaduna com a petição de herança em razão do seu caráter eminentemente patrimonial – *prazo* = 10 anos (art. 205/CC).

> *Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.*

7.7. HERDEIRO PUTATIVO E TERCEIRO DE BOA-FÉ

Relação entre a petição de herança e o herdeiro aparente está nos artigos 1.827 e 1.828. Herdeiro aparente (ou **herdeiro putativo**) é aquele que se apresenta como se legítimo herdeiro fosse (aos olhos de todos é herdeiro) e celebra negócio jurídico. O CC/02 protege o terceiro de boa-fé que celebrou negócio jurídico com o herdeiro aparente, tendo o herdeiro legítimo direito ao regresso contra o direito aparente.

Porém, há um caso em que o CC/02 protege o próprio herdeiro aparente, sendo o caso em que o **herdeiro aparente paga, de boa-fé, legado ou dívida do falecido** (nesse caso, ele terá pagado bem, e não terá pagado mal), **não cabendo ao herdeiro de direito** (o verdadeiro herdeiro) requerer a repetição do que foi pago em face do herdeiro putativo, **podendo proceder contra quem recebeu**.

Art. 1.827. O herdeiro pode demandar os bens da herança, mesmo em poder de terceiros, sem prejuízo da responsabilidade do possuidor originário pelo valor dos bens alienados.
Parágrafo único. São eficazes as alienações feitas, a título oneroso, pelo herdeiro aparente a terceiro de boa-fé.

Art. 1.828. O herdeiro aparente, que de boa-fé houver pago um legado, não está obrigado a prestar o equivalente ao verdadeiro sucessor, ressalvado a este o direito de proceder contra quem o recebeu.

SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA

1. INTRODUÇÃO

É de rara incidência prática, mas curiosamente, tem o dobro de número de artigos da sucessão legítima. Frise-se que é possível coexistir sucessão legítima e sucessão testamentária. Isso acontece em dois casos:

1º Caso-Não há herdeiro necessário, mas o autor da herança não dispôs de todo seu patrimônio. Não testou todo seu patrimônio.

2º Caso- Há herdeiro necessário. Só pode testar no limite de 50% do seu patrimônio líquido existente na data da abertura da sucessão.

2. TESTAMENTO

É um negócio jurídico (unilateral) pelo qual se dispõe de patrimônio para depois da morte e se faz outras declarações de vontade. É o art. 1.857 do CC.

> *Art. 1.857. Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte.*
> *§ 1º A legítima dos herdeiros necessários (ou seja, 50%...) não poderá ser incluída no testamento.*
> *§ 2º São válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado.*

Outras declarações de vontade não necessariamente terão conteúdo patrimonial, por exemplo: reconhecimento de filho, nomeação de tutor, deserdação. Se o testamento contiver outras declarações de vontade, aplica-se a autonomia entre elas, assim, a eventual invalidade ou ineficácia de uma das declarações da vontade não afeta/compromete as outras declarações de vontade.

3. CLASSIFICAÇÃO DO TESTAMENTO

3.1. NATUREZA NEGOCIAL

O testamento é negócio jurídico.

3.2. CARÁTER PERSONALÍSSIMO

É conveniente um comentário: todo e qualquer testamento conjuntivo (marido e mulher ou companheiro e companheira que fazem juntos) pode ser recíproco, simultâneo é **nulo de pleno direito**, conforme o art. 1863.

> *Art. 1.863. É proibido o testamento conjuntivo, seja simultâneo, recíproco ou correspectivo.*

3.3. UNILATERALIDADE

Gera obrigações somente para o testador.

3.4. GRATUIDADE

Vantagens econômicas somente para o beneficiário.

3.5. REVOGABILIDADE

O testamento é revogável.

Toda e qualquer cláusula derrogatória ou derrogativa é nula de pleno direito. É a cláusula que tira do testador o poder de revogar o testamento.

3.6. SOLENE

Ele precisa obedecer a uma forma prescrita em lei.

3.7. EFICÁCIA CAUSA MORTIS

Causa da nulidade do *pacta corvina ou pacto sucessório* (contrato com objeto de herança de pessoa viva). Só produz efeitos após a morte.

Há exceção: 2.018 do CC. *Partilha em vida*. Quando todos os herdeiros forem maiores e capazes e não houver litígio entre eles.

> *Art. 2.018. É válida a partilha feita por ascendente, por ato entre vivos ou de última vontade, contanto que não prejudique a legítima dos herdeiros necessários.*

4. PRESSUPOSTOS DA SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA

4.1. OBSERVÂNCIA DO LIMITE DA LEGÍTIMA

A legítima é calculada no momento da abertura da sucessão. A quanto corresponde a legítima? 50% do patrimônio líquido apurado na abertura da sucessão.

Antecipação de herança: pai que doa para o filho antecipa legítima. STJ diz que só não caracteriza antecipação de herança se o pai EXPRESSAMENTE fizer constar que o bem sai de sua cota disponível no próprio ato de doação. Neste caso, o filho fica liberado da colação (colacionar: levar para o inventário um bem que recebeu antes, um bem que lhe foi antecipado).

Caracterizados os sonegados, qualquer interessado pode intentar a *ação de sonegados* no prazo prescricional de 10 anos. A natureza da ação é *condenatória.* E a sanção, qual é a sanção da ação de sonegados? *Perda do direito sucessório sobre AQUELE bem sonegado e da qualidade de inventariante se ele o for.*

CC Dos Sonegados
Art.1.992. O herdeiro que sonegar bens da herança, não os descrevendo no inventário quando estejam em seu poder, ou, com o seu conhecimento, no de outrem, ou que os omitir na colação, a que os deva levar, ou que deixar de restituí-los, ***perderá o direito que sobre eles lhe cabia****.*

Art. 1.993. Além da pena cominada no artigo antecedente, ***se o sonegador for o próprio inventariante, remover-se-á,*** *em se provando a sonegação, ou negando ele a existência dos bens, quando indicados.*

Art.1.994. A pena de sonegados só se pode requerer e impor em ***ação movida pelos herdeiros ou pelos credores da herança.***
Parágrafo único. A sentença que se proferir na ***ação de sonegados****, movida por qualquer dos herdeiros ou credores, aproveita aos demais interessados.*

Art. 1.995. Se não se restituírem os bens sonegados, por já não os ter o sonegador em seu poder, pagará ele a importância dos valores que ocultou, mais as perdas e danos.

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

NCPC
Art. 669. São sujeitos à sobrepartilha os bens:
I - sonegados;

Dúvida: esse bem que foi antecipado, será colacionado por qual valor? Essa doação pode ter sido feita 20, 30, 50 anos antes do óbito. Como colacionar? É a combinação de dois dispositivos, 639, §único NCPC e 2.004 §1º CC.

NCPC Art. 639. No prazo estabelecido no art. 627, o herdeiro obrigado à colação conferirá por termo nos autos ou por petição à qual o termo se reportará os bens que recebeu ou, se já não os possuir, trar-lhes-á o valor.
Parágrafo único. Os bens a serem conferidos na partilha, assim como as acessões e as benfeitorias que o donatário fez, calcular-se-ão pelo valor que tiverem ao tempo da abertura da sucessão.

CC Art. 2.004. O valor de colação dos bens doados será aquele, certo ou estimativo, que lhes atribuir o ato de liberalidade.
§ 1º Se do ato de doação não constar valor certo, nem houver estimação feita naquela época, os bens serão conferidos na partilha pelo que então se calcular valessem ao tempo da liberalidade.
§ 2º Só o valor dos bens doados entrará em colação; não assim o das benfeitorias acrescidas, as quais pertencerão ao herdeiro donatário, correndo também à conta deste os rendimentos ou lucros, assim como os danos e perdas que eles sofrerem.

Conciliando, harmonizando os dispositivos: Enunciado 119 da Jornada da de Direito Civil.

CJF *119 – Art. 2.004: Para evitar o enriquecimento sem causa, a colação será efetuada* ***COM BASE NO VALOR DA ÉPOCA DA DOAÇÃO****, nos*

*termos do caput do art. 2.004, exclusivamente na hipótese em que o bem doado não mais pertença ao patrimônio do donatário. Se, ao contrário, o bem ainda integrar seu patrimônio, a colação se fará com base no valor do bem na **ÉPOCA DA ABERTURA DA SUCESSÃO**, nos termos do art. 1.014 do CPC, de modo a preservar a quantia que efetivamente integrará a legítima quando esta se constituiu, ou seja, na data do óbito (resultado da interpretação sistemática do art. 2.004 e seus parágrafos, juntamente com os arts. 1.832 e 884 do Código Civil).*

4.2. PESSOA CAPAZ DE DISPOR POR MEIO DE TESTAMENTO (CAPACIDADE TESTAMENTÁRIA ATIVA)

Em que momento esta capacidade vai ser analisada? Na data da celebração do testamento (na data da abertura da sucessão se confere a capacidade sucessória ou testamentária passiva). Não se aplica a capacidade geral. Trata-se das pessoas psicologicamente capazes e maiores de 16 anos.

Apesar do testamento ser um ato extremamente solene e formal, ele é permitido ao maior de 16 anos independentemente de assistência.

4.3. PESSOA CAPAZ DE RECEBER HERANÇA OU LEGADO (CAPACIDADE TESTAMENTÁRIA PASSIVA)

São as seguintes:

-Pessoas nascidas;

-Pessoas concebidas (lembrar da discussão da concepção laboratorial: maioria da doutrina entende que sim);

-Pessoas jurídicas.

-Pessoas jurídicas a serem constituídas com o patrimônio transmitido.

-Prole eventual (filho que alguém vai ter, art. 1800, §4º estabelece o prazo de 02 anos contados da abertura da sucessão para a concepção da prole eventual, Chaves diz pode ser decorrente da adoção em face do princípio constitucional da igualdade entre os filhos, ver acima).

OBS: cuidado capacidade testamentária – a capacidade ATIVA é aferida no momento da elaboração do testamento, a PASSIVA no momento da **abertura da sucessão**. Tanto em um caso como no outro, modificações supervenientes são irrelevantes.

Tudo está no art. 1.798, 1.799 e 1.801CC.

CC
Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

*Art. 1.799. Na **sucessão testamentária** podem ainda ser chamados a suceder:*
I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão; (prole eventual)
II - as pessoas jurídicas;

III - as pessoas jurídicas, cuja organização for determinada pelo testador sob a forma de fundação.

Art. 1.800. No caso do inciso I do artigo antecedente, os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz.
§ 1º Salvo disposição testamentária em contrário, a curatela caberá à pessoa cujo filho o testador esperava ter por herdeiro, e, sucessivamente, às pessoas indicadas no ***art. 1.775.***

Art. 1.775. O cônjuge ou companheiro, não separado judicialmente ou de fato, é, de direito, curador do outro, quando interdito.
§1º Na falta do cônjuge ou companheiro, é curador legítimo o pai ou a mãe; na falta destes, o descendente que se demonstrar mais apto.
§ 2º Entre os descendentes, os mais próximos precedem aos mais remotos.
§ 3º Na falta das pessoas mencionadas neste artigo, compete ao juiz a escolha do curador
§ 2º Os poderes, deveres e responsabilidades do curador, assim nomeado, regem-se pelas disposições concernentes à curatela dos incapazes, no que couber.
§ 3º Nascendo com vida o herdeiro esperado, ser-lhe-á deferida a sucessão, com os frutos e rendimentos
relativos à deixa, a partir da morte do testador.
§ 4º Se, decorridos DOIS ANOS após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos.

4.4. PROIBIDOS DE RECEBER HERANÇA OU LEGADO

Art. 1.801. Não podem ser nomeados herdeiros nem legatários:
I - a pessoa que, a rogo (testador cego etc.), escreveu o testamento, nem o seu cônjuge ou companheiro, ou os seus ascendentes e irmãos;
II - as testemunhas do testamento;
III - o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos;

CC Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.
§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; NÃO SE APLICANDO a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

Art. 1.521. Não podem casar:
...
VI - as pessoas casadas;

Essa a proibição da concubina receber por testamento, não é só aqui, ela é proibida de receber seguro de vida também (conforme o art. 793 CC), tudo isso sob pena de nulidade. Acrescenta-se a esse rol a proibição de doação à concubina (art. 550 CC) sob pena de nulidade.

CC Art. 550. A doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal.

Continuando...
Art. 1.801. Não podem ser nomeados herdeiros nem legatários:
IV - o tabelião, civil ou militar, ou o comandante ou escrivão, perante quem se fizer, assim como o que fizer ou aprovar o testamento.

Art. 1.802. São nulas as disposições testamentárias em favor de pessoas não legitimadas a suceder, ainda quando simuladas sob a forma de contrato oneroso, ou feitas mediante interposta pessoa.
Parágrafo único. Presumem-se pessoas interpostas os ascendentes, os descendentes, os irmãos e o cônjuge ou companheiro do não legitimado a suceder.

Art. 1.803. É lícita a deixa ao filho do concubino, quando também o for do testador.

4.5. CUMPRIMENTO DA FORMA PRESCRITA EM LEI

Formas testamentárias: o testamento pode assumir duas formas.

Testamentos comuns: são aqueles elaborados em circunstâncias ordinárias. Pode ser: Público, Cerrado, Particular

Testamentos extraordinários: são aqueles elaborados em circunstâncias extraordinárias, de risco: Marítimo/Aeronáutico e Militar

TODOS exigem duas testemunhas, com exceção do particular que exige três. Vamos ao estudo de cada uma das categorias:

4.5.1. Testamentos comuns

a) Testamento Público

Aquele elaborado de viva-voz perante uma autoridade com função notarial. De ordinário é o tabelião, mas se sabe que algumas autoridades acumulam função notarial, por exemplo: cônsules. Logicamente, por ser elaborado de viva-voz não pode ser celebrado por surdo-mudo, entretanto, é o único modelo permitido ao cego e ao analfabeto, estes só podem fazer tal testamento, além disso, nestes casos, fora as testemunhas, exige-se a presença de mais uma pessoa: aquele que assina a rogo (não podendo ser beneficiário, como visto acima).

Considerações importantes:

-Deve ser elaborado em vernáculo: língua portuguesa, sob pena de nulidade.

-Será nulo se for feito a partir de perguntas e respostas do tabelião, pois isto viola o caráter personalíssimo do ato, comprometendo a declaração de vontade.

-Grande característica: viva-voz e conteúdo aberto.

CC Do Testamento Público
Art. 1.864. São requisitos essenciais do testamento público:
I - ser escrito por tabelião ou por seu substituto legal em seu livro de notas, de acordo com as declarações do testador, podendo este servir-se de minuta, notas ou apontamentos;
II - lavrado o instrumento, ser lido em voz alta pelo tabelião ao testador e a DUAS TESTEMUNHAS, a um só tempo; ou pelo testador, se o quiser, na presença destas e do oficial;
III - ser o instrumento, em seguida à leitura, assinado pelo testador, pelas testemunhas e pelo tabelião.
Parágrafo único. O testamento público pode ser escrito manualmente ou mecanicamente, bem como ser feito pela inserção da declaração de vontade em partes impressas de livro de notas, desde que rubricadas todas as páginas pelo testador, se mais de uma.

Art. 1.865. Se o testador não souber, ou não puder assinar, o tabelião ou seu substituto legal assim o declarará, assinando, neste caso, pelo testador, e, a seu rogo, uma das testemunhas instrumentárias.

Art. 1.866. O indivíduo inteiramente surdo, sabendo ler, lerá o seu testamento, e, se não o souber, designará quem o leia em seu lugar, presentes as testemunhas.

Art. 1.867. Ao cego só se permite o testamento público, que lhe será lido, em voz alta, duas vezes, uma pelo tabelião ou por seu substituto legal, e a outra por uma das testemunhas, designada pelo testador, fazendo-se de tudo circunstanciada menção no testamento.

4.5.2. Testamento cerrado, secreto ou místico

Só o testador sabe o conteúdo dele. Isso acontece porque ele será entregue ao tabelião na presença de duas testemunhas e o tabelião irá lacrá-lo (cosê-lo conforme o código). Somente será aberto tal testamento pelo juiz das sucessões (depois da abertura da sucessão). Perceba que aqui as testemunhas são instrumentárias, apenas acompanham a entrega do testamento.

Considerações:

-Pode ser em língua estrangeira, pois não é público.

-O CC estabelece que o rompimento do testamento cerrado gera caducidade. Esvazia o objeto do testamento. Isso ocorre para que o testador possa elaborar outro, por conta do ideia do segredo.

CC Do Testamento Cerrado
Art. 1.868. O testamento escrito pelo testador, ou por outra pessoa, a seu rogo, e por aquele assinado, será válido se aprovado pelo tabelião ou seu substituto legal, observadas as seguintes formalidades:
*I - que o testador o entregue ao tabelião **em presença de DUAS TESTEMUNHAS**;*
II - que o testador declare que aquele é o seu testamento e quer que seja aprovado;
III - que o tabelião lavre, desde logo, o auto de aprovação, na presença de

duas testemunhas, e o leia, em seguida, ao testador e testemunhas;
IV - que o auto de aprovação seja assinado pelo tabelião, pelas testemunhas e pelo testador.
Parágrafo único. O testamento cerrado pode ser escrito mecanicamente, desde que seu subscritor numere e autentique, com a sua assinatura, todas as paginas.

Art. 1.869. O tabelião deve começar o auto de aprovação imediatamente depois da última palavra do testador, declarando, sob sua fé, que o testador lhe entregou para ser aprovado na presença das testemunhas; passando a cerrar e coser o instrumento aprovado.
Parágrafo único. Se não houver espaço na última folha do testamento, para início da aprovação, o tabelião aporá nele o seu sinal público, mencionando a circunstância no auto.

Art. 1.870. Se o tabelião tiver escrito o testamento a rogo do testador, poderá, não obstante, aprová-lo.

Art. 1.871. O testamento pode ser escrito em língua nacional ou estrangeira, pelo próprio testador, ou por outrem, a seu rogo.

Art. 1.872. Não pode dispor de seus bens em testamento cerrado quem não saiba ou não possa ler.

*Art. 1.873. **Pode fazer testamento cerrado o surdo-mudo,** contanto que o escreva todo, e o assine de sua mão, e que, ao entregá-lo ao oficial público, ante as duas testemunhas, escreva, na face externa do papel ou do envoltório, que aquele é o seu testamento, cuja aprovação lhe pede.*

Art. 1.874. Depois de aprovado e cerrado, será o testamento entregue ao testador, e o tabelião lançará, no seu livro, nota do lugar, dia, mês e ano em que o testamento foi aprovado e entregue.

Art. 1.875. Falecido o testador, o testamento será apresentado ao juiz, que o abrirá e o fará registrar, ordenando seja cumprido, se não achar vício externo que o torne eivado de nulidade ou suspeito de falsidade.

4.5.3. Testamento particular

Tem forma livre e o testador faz do jeito que quiser. É elaborado direta e exclusivamente pelo testador na presença de **três testemunhas**. Pode ser feito em língua estrangeira, desde que as testemunhas compreendam o idioma. Não se tem dúvidas que em face à sua forma livre, o testamento particular traz consigo um enorme grau de insegurança (até porque não ficará registrado em cartório), por conta disso, o juiz exige **homologação judicial** para que apure a regularidade do testamento.

CC Do Testamento Particular
Art. 1.876. O testamento particular pode ser escrito de próprio punho ou mediante processo mecânico.
§ 1o Se escrito de próprio punho, são requisitos essenciais à sua validade seja lido e assinado por quem o escreveu, na presença de pelo menos três testemunhas, que o devem subscrever.
§ 2o Se elaborado por processo mecânico, não pode conter rasuras ou espaços em branco, devendo ser assinado pelo testador, depois de o ter lido na presença de pelo menos três testemunhas, que o subscreverão.

Art. 1.877. Morto o testador, publicar-se-á em juízo o testamento, com citação dos herdeiros legítimos.

Art. 1.878. Se as testemunhas forem contestes sobre o fato da disposição, ou, ao menos, sobre a sua leitura perante elas, e se reconhecerem as próprias assinaturas, assim como a do testador, o testamento será confirmado.

Parágrafo único. Se faltarem testemunhas, por morte ou ausência, e se pelo menos uma delas o reconhecer, o testamento poderá ser confirmado, se, a critério do juiz, houver prova suficiente de sua veracidade.

Art. 1.879. Em circunstâncias excepcionais declaradas na cédula, o testamento particular de próprio punho e assinado pelo testador, sem testemunhas, poderá ser confirmado, a critério do juiz.

Art. 1.880. O testamento particular pode ser escrito em língua estrangeira, contanto que as testemunhas a compreendam.

4.5.4. Testamentos excepcionais

a) Testamento Marítimo/Aeronáutico

Ele será assim quando celebrado a bordo de embarcações e aeronaves que estejam em curso, em viagem. Detalhe importante: a aeronave/embarcação não pode estar aterrissada/atracada, pois neste caso não existe situação excepcional. Qualquer tripulante ou passageiro poderá realizar o testamento, ele poderá ser **público** ou **cerrado**, na presença do comandante que registrará no livro de bordo. Será público quando o interessado fez de viva-voz e será cerrado se entregar ao comandante pronto.

CC Do Testamento Marítimo e do Testamento Aeronáutico
*Art. 1.888. Quem estiver em viagem, a bordo de navio nacional, de guerra ou mercante, pode testar perante o comandante, **em presença de duas testemunhas**, **por forma que corresponda ao testamento público ou ao cerrado.***
Parágrafo único. O registro do testamento será feito no diário de bordo.

Art. 1.889. Quem estiver em viagem, a bordo de aeronave militar ou comercial, pode testar perante pessoa designada pelo comandante, observado o disposto no artigo antecedente.

*Art. 1.890. O testamento marítimo ou aeronáutico **ficará sob a guarda do comandante**, que o entregará às autoridades administrativas do primeiro porto ou aeroporto nacional, contra recibo averbado no diário de bordo.*

Art. 1.891. Caducará o testamento marítimo, ou aeronáutico, se o testador não morrer na viagem, nem nos noventa dias subsequentes ao seu desembarque em terra, onde possa fazer, na forma ordinária, outro testamento.

Art. 1.892. Não valerá o testamento marítimo, ainda que feito no curso de uma viagem, se, ao tempo em que se fez, o navio estava em porto onde o testador pudesse desembarcar e testar na forma ordinária.

4.5.5. Testamento Militar

É feito por qualquer pessoa (militar ou civil a serviço das forças armadas: enfermeiro, médico) em tempo de guerra ou praça sitiada (praça sem comunicações). O testamento militar também será elaborado perante o comandante de forma **pública ou cerrada**.

CC Do Testamento Militar
*Art. 1.893. O testamento dos militares e demais pessoas a serviço das Forças Armadas em campanha, dentro do País ou fora dele, assim como em praça sitiada, ou que esteja de comunicações interrompidas, poderá fazer-se, **não havendo tabelião ou seu substituto legal, ante duas, ou três testemunhas, se o testador não puder, ou não souber assinar, caso em que assinará por ele uma delas**.*
§ 1o Se o testador pertencer a corpo ou seção de corpo destacado, o testamento será escrito pelo respectivo comandante, ainda que de graduação ou posto inferior.
§ 2o Se o testador estiver em tratamento em hospital, o testamento será escrito pelo respectivo oficial de saúde, ou pelo diretor do estabelecimento.
§ 3o Se o testador for o oficial mais graduado, o testamento será escrito por aquele que o substituir.

Art. 1.894. Se o testador souber escrever, poderá fazer o testamento de seu punho, contanto que o date e assine por extenso, e o apresente aberto ou cerrado, na presença de duas testemunhas ao auditor, ou ao oficial de patente, que lhe faça as vezes neste mister.
Parágrafo único. O auditor, ou o oficial a quem o testamento se apresente notará, em qualquer parte dele, lugar, dia, mês e ano, em que lhe for apresentado, nota esta que será assinada por ele e pelas testemunhas.

Art. 1.895. Caduca o testamento militar, desde que, depois dele, o testador esteja, noventa dias seguidos, em lugar onde possa testar na forma ordinária,

> *salvo se esse testamento apresentar as solenidades prescritas no parágrafo único do artigo antecedente.*
>
> *Art. 1.896. As pessoas designadas no art. 1.893, estando empenhadas em combate, ou feridas, podem testar oralmente, confiando a sua última vontade a duas testemunhas.*
> *Parágrafo único. Não terá efeito o testamento se o testador não morrer na guerra ou convalescer do ferimento.*

Atenção: todos os testamentos excepcionais exigem homologação judicial para que o juiz apure a validade da declaração de vontade, considerada a excepcionalidade.

Os testamentos especiais contam ainda com uma causa específica de caducidade: se o testador não morrer durante a situação de excepcionalidade, ele terá o prazo de 90 dias para ratificar o testamento, sob pena de caducidade.

Exemplo: uma pessoa no RJ fez um testamento em uma embarcação, voltou e ficou em coma durante 10 meses e morreu. Caducou? Não, ele não podia manifestar à vontade.

O direito brasileiro admite o ***testamento militar nuncupativo***. Esse testamento é permitido apenas aos militares que estejam em combate. Ele é feito verbalmente a duas testemunhas. É lógico que as testemunhas não podem ser beneficiárias e exige **homologação judicial**.

> *Art. 1.896. As pessoas designadas no art. 1.893, estando empenhadas em combate, ou feridas, podem testar oralmente, confiando a sua última vontade a duas testemunhas.*
> *Parágrafo único. Não terá efeito o testamento se o testador não morrer na guerra ou convalescer do ferimento.*

5. CODICILO

5.1. CONCEITO

Vem de uma expressão latina que significa *PEQUENO TESTAMENTO*. É o ato pelo qual se dispõe de **pequenos legados** ou **se faz disposições para o funeral**. Quem pode fazer o codicilo é quem tem capacidade testamentária. Curiosamente ele tem forma livre e dispensa testemunhas (afinal de contas não está testando, está apenas deixando pequenos legados e estabelecendo regras para o seu funeral).

5.2. PROBLEMÁTICA DO CODICILO: O QUE É PEQUENO LEGADO?

O que é um pequeno legado? Uma Ferrari? Uma cobertura em Copacabana? Então a jurisprudência tomou a providência que o CC não tomou, estabelecendo como 10% do valor do patrimônio líquido da herança existente ao momento da abertura da sucessão.

5.3. OBJETO DO CODICILO

Perceba que é diferente do objeto do testamento. Neste sentido, nada impede que um codicilo revogue um testamento e vice-versa. Por exemplo: se a pessoa fez um testamento e depois do testamento retirou dele algum bem para deixar um pequeno legado (codicilo revogando

testamento), de outra banda, pode a pessoa fazer um codicilo e depois um testamento dispondo sobre todos os bens (testamento revogando o codicilo).

Conclusão: o testamento pode revogar o codicilo no todo em parte, em contraponto, o codicilo só pode revogar o testamento em parte, pois o objeto do codicilo é mais específico.

> *CC Dos Codicilos*
> *Art. 1.881. Toda pessoa capaz de testar poderá, mediante escrito particular seu, datado e assinado, **fazer disposições especiais sobre o seu enterro**, **sobre esmolas de pouca monta a certas e determinadas pessoas**, ou, indeterminadamente, **aos pobres de certo lugar**, **assim como legar móveis**, **roupas ou joias, de pouco valor, de seu uso pessoal**.*
>
> *Art. 1.882. Os atos a que se refere o artigo antecedente, salvo direito de terceiro, valerão como codicilos, deixe ou não testamento o autor.*
>
> *Art. 1.883. Pelo modo estabelecido no art. 1.881, poder-se-ão nomear ou substituir testamenteiros.*
>
> *Art. 1.884. Os atos previstos nos artigos antecedentes revogam-se por atos iguais, e consideram-se revogados, se, havendo testamento posterior, de qualquer natureza, este os não confirmar ou modificar.*
>
> *Art. 1.885. Se estiver fechado o codicilo, abrir-se-á do mesmo modo que o testamento cerrado.*

6. CLÁUSULAS TESTAMENTÁRIAS

6.1. CONCEITO

São as disposições de conteúdo patrimonial contidas em um testamento.

Salienta-se que além das cláusulas testamentárias, o testamento pode ter outras cláusulas: reconhecimento de filho, nomeação de tutor e tal. Nunca podemos esquecer que haverá autonomia, independência entre as disposições testamentárias e as demais disposições de vontade, de modo que a invalidade ou ineficácia de uma cláusula testamentária não atinge as demais declarações de vontade.

A despeito da autonomia das cláusulas testamentárias, não se pode esquecer o art. 184 do CC, que trata da ***redução parcial da invalidade***.

> *CC Art. 184. Respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável; a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal.*

Exemplo: se em um testamento eu deixei três cláusulas, cada uma para um indivíduo, se há algum vício em uma declaração de vontade de uma das cláusulas, não invalida as outras. Chaves chamou isso no seu livro de parte geral de ***"isolamento da invalidade".*** Isola-se, insula-se a invalidade.

O art. 1.909 do CC estabelece o prazo de 04 anos para arguir-se a invalidade das cláusulas

testamentárias, contados da data do conhecimento do vício (teoria da *actio nata*).

> *Art. 1.909. São anuláveis as disposições testamentárias inquinadas de erro, dolo ou coação.*
> *Parágrafo único. Extingue-se em quatro anos o direito de anular a disposição, contados de quando o interessado tiver conhecimento do vício.*

6.2. REGRAS INTERPRETATIVAS DAS CLÁUSULAS TESTAMENTÁRIAS

São diferentes regras interpretativas do testamento. Vamos lá:

1ª Regra interpretativa: interpretação conforme a vontade do testador, significa que mais se leva em conta a vontade do que o sentido literal da linguagem. Exemplo do Caio Mário: Índiuns quis deixar, através de testamento, um bem para Careca que havia salvado seu filho. Na verdade, foi Simaluco, este recebe o bem.

> *Art. 1.899. Quando a cláusula testamentária for suscetível de interpretações diferentes, prevalecerá a que melhor assegure a observância da vontade do testador.*

2ª Regra interpretativa: havendo indicação imprecisa dos beneficiários interpreta-se em favor dos pobres e entidades de caridade (Exemplo: obras de caridade de irmã Dulce da Bahia) do lugar do domicílio do testador; neste ponto, as entidades particulares têm preferência sobre as públicas.

> *Art. 1.902. A disposição geral em favor dos pobres, dos estabelecimentos particulares de caridade, ou dos de assistência pública, entender-se-á relativa aos pobres do lugar do domicílio do testador ao tempo de sua morte, ou dos estabelecimentos aí sitos, salvo se manifestamente constar que tinha em mente beneficiar os de outra localidade.*
> *Parágrafo único. Nos casos deste artigo, as instituições particulares preferirão sempre às públicas.*

3ª Regra interpretativa: não havendo disposição integral da parte disponível, presume-se pertença aos herdeiros legítimos. Se ela não dispôs do que podia, ela quer que o restante fique com os próprios herdeiros legítimos.

> *Art. 1.906. Se forem determinadas as quotas de cada herdeiro, e não absorverem toda a herança, o remanescente pertencerá aos herdeiros legítimos, segundo a ordem da vocação hereditária.*

4ª Regra interpretativa: interpreta-se que o testamento é dividido em igualdade de quinhões quando não há disposição contrária. Exemplo: deixo benefício para Careca, Magricelo e Índiuns, se não há disposição específica, depreende-se dividido igualmente.

> *Art. 1.904. Se o testamento nomear dois ou mais herdeiros, sem discriminar a parte de cada um, partilhar-se-á por igual, entre todos, a porção disponível do testador.*

5ª Regra interpretativa: interpretação da divisão em cotas pertencentes a grupos ou pessoas. Eu deixo um testamento para “as meninas da tapeçaria” e para “turma da natação”. Veja que as meninas da tapeçaria são um grupo e que a turma da natação são outro, eu não quis incluí-lo no grupo. Assim, as cotas não são necessariamente de pessoas, as cotas podem pertencer a grupos.

> *Art. 1.905. Se o testador nomear certos herdeiros individualmente e outros coletivamente, a herança será dividida em tantas quotas quantos forem os indivíduos e os grupos designados.*

6.3. REGRAS PROIBITIVAS

O que o testamento NÃO pode conter.

1ª Regra proibitiva: é proibida cláusula derrogatória ou derrogativa – retira do testador o direito de revogá-lo.

2ª Regra proibitiva: é proibido o testamento conjuntivo, seja simultâneo, recíproco ou correspectivo, tanto faz, é clausula nula.

3ª Regra proibitiva: nomear pessoas proibidas por lei, art. 1801 e 1802 CC. Quem são: a pessoa que escreveu a rogo, as testemunhas, a concubina, tabelião e os parentes destas (exceção o filho comum da concubina e o morto).

> *Art. 1.900. É nula a disposição:*
> *V - que favoreça as pessoas a que se referem os arts. 1.801 e 1.802.*
> *...*
> *Art. 1.801. Não podem ser nomeados herdeiros nem legatários:*
> *I - a pessoa que, a rogo, escreveu o testamento, nem o seu cônjuge ou companheiro, ou os seus ascendentes e irmãos;*
> *II - as testemunhas do testamento;*
> *III - o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos;*
> *IV - o tabelião, civil ou militar, ou o comandante ou escrivão, perante quem se fizer, assim como o que fizer ou aprovar o testamento.*
>
> *Art. 1.802. São **NULAS** as disposições testamentárias em favor de pessoas não legitimadas a suceder, ainda quando simuladas sob a forma de contrato oneroso, ou feitas mediante interposta pessoa.*
> *Parágrafo único. Presumem-se pessoas interpostas os ascendentes, os descendentes, os irmãos e o cônjuge ou companheiro do não legitimado a suceder.*

4ª Regra proibitiva: cláusula captatória, que é aquela para captar algum benefício, alguma vantagem. Art. 1900 CC.

> *Art. 1.900. É nula a disposição:*
> *I - que institua herdeiro ou legatário sob a condição captatória de que este disponha, também por testamento, em benefício do testador, ou de terceiro;*

5ª Regra proibitiva: cláusula indicando pessoa incerta e indeterminável (determinável pode).

> *Art. 1.900. É nula a disposição:*
> *II - que se refira a pessoa incerta, cuja identidade não se possa averiguar;*
> *III - que favoreça a pessoa incerta, cometendo a determinação de sua identidade a terceiro;*

6ª Regra proibitiva: cláusula conferindo a terceiro a indicação de objeto ou do beneficiário. Ora, o testamento é personalíssimo. É evidente, uma afronta explícita ao caráter personalíssimo do testamento.

> *Art. 1.900. É nula a disposição:*
> *IV - que deixe a arbítrio do herdeiro, ou de outrem, fixar o valor do legado;*

7ª Regra proibitiva: cláusula submetendo o benefício a termo (evento futuro e inevitável), **salvo para legado**. Veja: acabamos de descobrir que a cláusula testamentária pode se submeter a ***condição*** (suspensiva/resolutiva) ***e encargo*** (modo)**,** mas não pode ser submetido a ***termo***, salvo na hipótese de LEGADO.

> *Art. 1.897. A nomeação de herdeiro, ou legatário, pode fazer-se pura e simplesmente, sob **condição**, para certo fim ou **modo** (leia-se: encargo), ou por certo motivo.*
>
> *Art. 1.898. A designação do tempo em que deva começar ou cessar o direito do herdeiro (não consta legado/legatário), salvo nas disposições fideicomissárias, ter-se-á por não escrita. (não pode termo)*

Por que o testamento não pode ser submetido a termo? Isso implicaria na criação de hipótese de ***propriedade resolúvel*** não prevista em lei, e como se sabe só admite-se propriedade resolúvel nos casos previstos em lei, conforme 1359, 1360 do CC. Se fosse possível um testamento a termo, ao invés de o herdeiro estar recebendo propriedade perpétua estaria recebendo propriedade resolúvel que se extinguiria no termo.

> *Art. 1.359. Resolvida a propriedade pelo implemento da condição ou pelo advento do termo, entendem-se também resolvidos os direitos reais concedidos na sua pendência, e o proprietário, em cujo favor se opera a resolução, pode reivindicar a coisa do poder de quem a possua ou detenha.*
>
> *Art. 1.360. Se a propriedade se resolver por outra causa superveniente, o possuidor, que a tiver adquirido por título anterior à sua resolução, será considerado proprietário perfeito, restando à pessoa, em cujo benefício houve a resolução, ação contra aquele cuja propriedade se resolveu para haver a própria coisa ou o seu valor.*

6.4. REGRAS PERMISSIVAS

Com base na autonomia privada, geralmente, é possível ampla disposição testamentária, ou seja, em linha de princípio, pode tudo. Todavia, algumas cláusulas específicas foram expressamente admitidas pelo código.

1ª Regra permissiva: é permitida cláusula sob ***condição*** ou ***encargo*** (cláusula condicional ou modal).

> *Art. 1.897. A nomeação de herdeiro, ou legatário, pode fazer-se pura e simplesmente, sob **condição**, para certo fim ou **modo**, ou por certo motivo.*

Detalhe: exemplo – enquanto Coralina não passar no concurso não ganha a herança. Ela pede a tutela antecipada, porque já está na fase oral, para ela receber isso, deverá prestar o que já vimos acima: ***caução muciana*** (garantia real ou fidejussória de quem vai receber a herança ou legado submetidas a condição).

Outra questão importante: possibilidade ou não de recebimento da herança no descumprimento da condição. Vejamos:

-Condição suspensiva: não sendo implementada, não há aquisição nem exercício do direito.

-Termo inicial (só no legado 1899 CC): não advindo o termo, há aquisição, mas não há o

exercício.

-Encargo (modo): não havendo o encargo, ainda assim, há aquisição e há o exercício.

Portanto, no que tange ao encargo, pode acontecer uma situação DEVERAS curiosa. Vamos a um exemplo: se eu deixo um benefício para Presunto, com encargo de ele prestar serviços no hospital, há aquisição e há exercício. E se ele não cumprir o encargo? Se ele não cumprir, o não cumprimento gera apenas a possibilidade da execução de tal encargo. Vai ser possível executar o encargo. Quem pode executar o encargo? O próprio interessado (beneficiário do encargo), os herdeiros do falecido/testador e o MP (se o encargo for em favor da coletividade).

Precisamos ainda deixar claro: o descumprimento do encargo somente impedirá a aquisição da herança ou do legado quando ele for expresso sob forma de condição. Exemplo: deixo benefício para Presunto, SE ele prestar serviços no hospital (o que é diferente de "deixo benefício para Presunto com encargo de ele prestar serviços). Fora disso gerará apenas execução.

2ª Regra permissiva: cláusula beneficiando pessoa indeterminada, porém determinável.

3ª Regra permissiva: cláusula com indicação de motivo determinado. É importante quanto à caracterização de erro. Exemplo: Careca foi quem prestou assistência em desabamento. Se ficar provado que não foi ele, é possível que se caracterize erro e tornar a cláusula **anulável.**

4ª Regra permissiva: cláusulas restritivas – inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade.

7. REDUÇÃO DE CLÁUSULA TESTAMENTÁRIA

A legítima só vai ser calculada quando da abertura da sucessão. Haverá um intervalo de tempo entre o testamento e a abertura da sucessão, portanto não é incomum que depois de aberto o testamento, perceba-se que o testador invadiu a cota indisponível. Percebendo que o testamento violou a parte indisponível, a legítima, o juiz deve, de ofício ou a requerimento, determinar a redução das cláusulas testamentárias. É a *adequação das cláusulas testamentárias*.

O CC estabelece duas regras para que o juiz reduza as cláusulas testamentárias:

- Havendo somente herança ou somente legado: redução proporcional.
- Havendo herança e legado a redução se dará primeiro na herança e só depois no legado. A finalidade é preservar o legado, pois ao se preservar o legado, preserva-se a autonomia da vontade, a vontade do testador que quis que aquela pessoa recebesse aquele bem. Exemplo: deixo uma casa para Simaluco (legado) e 20% do meu patrimônio líquido para Presunto (tudo da cota disponível, em tese). Aberta a sucessão apura-se que a casa vale 40% do meu patrimônio líquido, neste caso, reduz-se 10% do patrimônio que iria para Presunto, garantindo a legítima.

Se o legado ultrapassa a legítima em mais de 50%, ou seja, ultrapassa mais de 75% do patrimônio total líquido (50% + 25% do total, respectivamente parte disponível + legítima), o legatário perderá o direito ao bem, sendo que, os herdeiros legítimos ficam com o bem e restituem o valor correspondente.

Entretanto, se o legado não ultrapassou mais da metade da legítima, significa que ele não superou 75% de tudo, e neste caso, ele terá direito de ficar com o bem restituindo a diferença. Exemplo: deixo minha casa para Presunto. Ela valia 80% do meu patrimônio líquido. O Presunto fica com minha casa? Não, fica com os herdeiros que irão restituí-lo. Minha casa vale 60%. Presunto fica com minha casa e restitui os herdeiros. E se o Presunto se recusar? Ele perde o legado, pois não pode ficar com mais de 50%.

CC Art. 1.966. O remanescente pertencerá aos herdeiros legítimos, quando o testador só em parte dispuser da quota hereditária disponível.

Art. 1.967. As disposições que excederem a parte disponível reduzir-se-ão aos limites dela, de conformidade com o disposto nos parágrafos seguintes.
§ 1º Em se verificando excederem as disposições testamentárias a porção disponível, serão proporcionalmente reduzidas as quotas do herdeiro ou herdeiros instituídos, até onde baste, e, não bastando, também os legados, na proporção do seu valor.
§ 2º Se o testador, prevenindo o caso, dispuser que se inteirem, de preferência, certos herdeiros e legatários, a redução far-se-á nos outros quinhões ou legados, observando-se a seu respeito a ordem estabelecida no parágrafo antecedente.

Art. 1.968. Quando consistir em prédio divisível o legado sujeito a redução, far-se-á esta dividindo-o proporcionalmente.
§ 1º Se não for possível a divisão, e o excesso do legado montar a mais de um quarto do valor do prédio, o legatário deixará inteiro na herança o imóvel legado, ficando com o direito de pedir aos herdeiros o valor que couber na parte disponível; se o excesso não for de mais de um quarto, aos herdeiros fará tornar em dinheiro o legatário, que ficará com o prédio.
§ 2º Se o legatário for ao mesmo tempo herdeiro necessário, poderá inteirar sua legítima no mesmo imóvel, de preferência aos outros, sempre que ela e a parte subsistente do legado lhe absorverem o valor.

8. DIREITO DE ACRESCER

Ocorre quando um beneficiário soma a parte de outro que não quer ou não pode. Requisitos para o acréscimo:

1ª Requisito: cláusula testamentária beneficiando duas ou mais pessoas. E se beneficia somente uma pessoa e esta não quer ou não pode? Há caducidade. Não quer = renúncia. Não pode = indignidade/deserdação/pré-morte.

2ª Requisito: cláusula testamentária beneficiando pessoas conjuntamente (cláusula conjuntiva). Deixo uma casa para Presunto e Careca. Beneficiei-os em conjunto. Mas se deixei 50% da casa para Presunto e 50% para Careca, a cláusula é disjuntiva. *Só há o direito de acrescer se cláusula é conjuntiva.*

3ª Regra: que um dos beneficiários não queira ou não possa (indignidade, deserdação, pré-morte) receber a herança ou legado. Neste caso o outro irá acrescer.

4ª Regra: inexistência de substituto testamentário.

CC
*Art. 1.941. Quando vários herdeiros, **pela mesma disposição testamentária**, **forem conjuntamente chamados à herança em quinhões não determinados**, e qualquer deles não puder ou não quiser aceitá-la, a sua parte acrescerá à dos coerdeiros, salvo o direito do substituto.*

Art. 1.942. O direito de acrescer competirá aos colegatários, quando nomeados conjuntamente a respeito de uma só coisa, determinada e certa, ou quando o objeto do legado não puder ser dividido sem risco de desvalorização.

Art. 1.943. Se um dos coerdeiros ou colegatários, nas condições do artigo antecedente, morrer antes do testador; se renunciar a herança ou legado, ou destes for excluído, e, se a condição sob a qual foi instituído não se verificar, acrescerá o seu quinhão, salvo o direito do substituto, à parte dos coerdeiros ou colegatários conjuntos.
Parágrafo único. Os coerdeiros ou colegatários, aos quais acresceu o quinhão daquele que não quis ou não pôde suceder, ficam sujeitos às obrigações ou encargos que o oneravam.

Art. 1.944. Quando não se efetua o direito de acrescer, transmite-se aos herdeiros legítimos a quota vaga do nomeado.
Parágrafo único. Não existindo o direito de acrescer entre os colegatários, a quota do que faltar acresce ao herdeiro ou ao legatário incumbido de satisfazer esse legado, ou a todos os herdeiros, na proporção dos seus quinhões, se o legado se deduziu da herança.

Art. 1.945. Não pode o beneficiário do acréscimo repudiá-lo separadamente da herança ou legado que lhe caiba, salvo se o acréscimo comportar encargos especiais impostos pelo testador; nesse caso, uma vez repudiado, reverte o acréscimo para a pessoa a favor de quem os encargos foram instituídos.

Art. 1.946. Legado um só usufruto conjuntamente a duas ou mais pessoas, a parte da que faltar acresce aos colegatários.
Parágrafo único. Se não houver conjunção entre os colegatários, ou se, apesar de conjuntos, só lhes foi legada certa parte do usufruto, consolidar-se-ão na propriedade as quotas dos que faltarem, à medida que eles forem faltando.

9. EXECUÇÃO DOS TESTAMENTOS

De acordo com Arnaldo Rizzardo, a execução testamentária visa à concretização do ordenamento de última vontade, é o conjunto de atos e medidas que a lei estabelece para o cumprimento daquilo que dispôs o testador. Essa gama de atos e providências compete unicamente aos herdeiros instituídos e legatários, estando à frente um testamenteiro, sem a obrigatória instauração de um litígio com os herdeiros necessários ou legítimos, exceto se voluntariamente intervirem, ou se exsurgir alguma nulidade ou vício de vontade no testamento.

10. FIGURA DO TESTAMENTEIRO

O primeiro passo para a execução do testamento é o encaminhamento para o juiz, o que é feito pelo testamenteiro, não importando a forma do instrumento. É a pessoa física capaz, nomeada pelo testador, que tem a incumbência de dar cumprimento às disposições testamentárias. Em geral, é uma pessoa estranha, sem vínculo com os herdeiros e legatários, mas de confiança do testador.

Logicamente o testamenteiro responde penal e civilmente pelos eventuais ilícitos que cometer. O testamenteiro assume o múnus de cumprir o testamento, neste sentido, o NCPC nos art. 616 e 617 chega a reconhecer a legitimidade do testamenteiro em abrir o inventário e ser o inventariante, quando o testador lhe conferir tal encargo. Lógico que se o testamenteiro tem tantas responsabilidades, nada mais natural do que ser remunerado, por isso, se o próprio testador não estabelecer a remuneração do testamenteiro, o juiz fixará sua remuneração em um percentual de 1 a 5% do patrimônio líquido transmitido, de acordo com as mesmas regras de fixação de honorários advocatícios (dificuldade do encargo, qualidade do trabalho etc.).

NCPC
Art. 616. Têm, contudo, legitimidade concorrente:
IV - o testamenteiro;

Art. 617. O juiz nomeará inventariante na seguinte ordem:
V - o testamenteiro, se lhe tiver sido confiada a administração do espólio ou se toda a herança estiver distribuída em legados;

Distinções:

Testamentaria e mandato: o mandato cessa com a morte, enquanto a testamentária inicia com a morte. Os institutos se aproximam, entretanto, pelos encargos e poderes que apresentam, como a representação perante terceiros.

Testamentaria e tutela ou curatela: não se confundem, porque as últimas pressupõem a existência de órfãos ou incapazes.

A testamentaria é instituto *sui generis,* ou peculiar, ou com tipicidade própria, que apresenta normas específicas, em que prevalece a vontade unilateral do testador, objetivando a sua representação *post mortem.*

11. DA REVOGAÇÃO DO TESTAMENTO

É o ato pelo qual se manifesta a vontade consciente do testador, com o propósito de torná-lo ineficaz.

Arts. 1858 e 1969 do CC: o testamento é essencialmente revogável. O testador pode ata a hora de sua morte revogar o testamento, sem necessidade de declinar o motivo.

Art. 1.858. O testamento é ato personalíssimo, podendo ser mudado a qualquer tempo.

Art. 1.969. O testamento pode ser revogado pelo mesmo modo e forma como pode ser feito.

A cláusula que declara o testamento irrevogável é inoperante, porque isso contraria a sua essência, no entanto não há no CC dispositivo pelo qual seria entendida como não escrita disposição semelhante.

Exceção à revogabilidade do testamento: na parte em que reconhece filho havido fora do casamento (arts. 1609, III e 1610 do CC).

> *Art. 1.609. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é **irrevogável** e será feito:*
> *III - por **testamento**, ainda que incidentalmente manifestado;*
>
> *Art. 1.610. O reconhecimento **não pode ser revogado**, nem mesmo quando feito em **testamento**.*

11.1. FORMAS DE REVOGAÇÃO DO TESTAMENTO

Art. 1969 do CC: não significa referido dispositivo que o segundo instrumento terá a mesma forma do que está sendo revogado. Um testamento público tanto pode ser revogado por outro público como por um cerrado, particular, marítimo, aeronáutico ou militar, e vice-versa.

> *Art. 1.969. O testamento pode ser revogado pelo mesmo modo e forma como pode ser feito.*

11.1.1. Quanto à extensão da revogação de testamento

> *Art. 1.970. A revogação do testamento pode ser total ou parcial.*

Total: retira a inteira eficácia do testamento,

Parcial: atinge apenas algumas cláusulas.

Art. 1970, parágrafo único: o simples fato de existir um testamento posterior não significa que estará revogado o anterior. Podem ambos coexistir, desde que não se contradigam. Se houver incompatibilidade, o mais novo elimina o mais vetusto.

> *1.970, Parágrafo único. Se parcial, ou se o testamento posterior não contiver cláusula revogatória expressa, o anterior subsiste em tudo que não for contrário ao posterior.*

11.1.2. Quanto à forma da revogação de testamento

A revogação pode ser expressa, tácita ou presumida.

Expressa: resulta da declaração inequívoca do testador manifestada em testamento. No direito brasileiro, a revogação só se dá por um novo testamento, não se admite por escritura pública. Em regra, o codicilo não pode revogar o testamento, mas pode alterá-lo naquilo que for próprio da disposição codicilar (art. 1881 do CC).

Tácita: ocorre em duas hipóteses. A primeira se configura quando o testador não declara que revoga o anterior, mas há incompatibilidade entre as disposições deste e as do novo testamento. A segunda hipótese ocorre em caso de dilaceração ou abertura do testamento cerrado, pelo testador, ou por outrem, com o seu consentimento. (art. 1792 do CC).

Presumida, ficta ou legal: também chamada de RUPTURA, decorre de um fato que a lei considera relevante e capaz de alterar a manifestação de vontade do testador, como a superveniência de ***descendente sucessível***.

11.2. REVOGAÇÃO POR TESTAMENTO ANULADO

Segue o art. 1971 do CC:

> *"A revogação produzirá efeitos, ainda quando o testamento, que a encerra, vier a caducar por exclusão, incapacidade ou renúncia do herdeiro nele nomeado; não valerá, se o testamento revogatório for ANULADO por omissão ou infração de solenidades essenciais ou por vícios intrínsecos."*

Assim, nas três hipóteses de caducidade o testamento é válido, o que não ocorre quando o testamento revogatório tem a nulidade declarada ou é decretada a sua anulação.

11.3. REVOGAÇÃO DO TESTAMENTO REVOGATÓRIO

Depois de elaborar novo testamento tornando inoperante o primitivo, pode o testador mudar de ideia e revogar o testamento revogatório. Indaga-se se, nesse caso, o testamento anterior fica automaticamente revigorado ou não.

Não há norma sobre a questão no Direito brasileiro, predomina, no entanto, o entendimento pelo qual revogada a revogação, não se restaura, automaticamente, o testamento primitivo. Pode o testador determinar que revigorem as disposições do anterior, ocorrendo, então, a repristinação, mas por força do mandamento expresso do disponente.

12. ROMPIMENTO DO TESTAMENTO

Ocorre a ruptura do testamento nos casos em que há superveniência de circunstância relevante, capaz de alterar a manifestação de vontade do testador, tal qual o surgimento de herdeiro necessário.

CARLOS MAXIMILIANO: "A lei estabelece a presunção *juris et de jure* de que o falecido não contemplaria com a sua herança a terceiros, se soubesse da existência, atual ou em futuro próximo, de pessoa ligada a ele pelos mais estreitos vínculos de sangue.".

13. SUPERVENIÊNCIA DE DESCENDENTE SUCESSÍVEL

Art. 1973 do CC: trata da revogação presumida.

> *Art. 1.973. Sobrevindo descendente sucessível ao testador, que não o tinha ou não o conhecia quando testou, **ROMPE-SE o testamento em todas as suas disposições**, se esse descendente sobreviver ao testador.*

Trata da ruptura do testamento quando o de cujus, ao testar, não tinha nenhum descendente e, posteriormente, vem a tê-lo, pelo casamento ou não. O mesmo ocorre se a filiação decorrer de adoção. Porém, a superveniência de descendente sucessível só é causa de rompimento do

testamento quando o autor da herança não tinha nenhum herdeiro dessa classe. Se já tem um descendente e testa, a superveniência de outro descendente não acarreta a ruptura do testamento. Nesse caso, ambos descendentes dividirão entre si a legítima.

Pode ocorrer ainda a hipótese de o testador ignorar, ao testar, a concepção e existência de um filho, ou imaginar que um seu descendente houvesse morrido. A descoberta posterior acarreta o rompimento automático do testamento, sem necessidade de revogação.

Deve-se se o disponente quando testou sabia ou não da existência do descendente, se não sabia, aplica-se o art. 1793, rompendo-se o testamento. Se sabia da existência do descendente e mesmo assim não o contemplou em testamento, não haverá o rompimento.

> *Art. 1.975. Não se rompe o testamento, se o testador dispuser da sua metade, não contemplando os herdeiros necessários de cuja existência saiba, ou quando os exclua dessa parte.*

13.1. SURGIMENTO DE HERDEIROS NECESSÁRIOS IGNORADOS, DEPOIS DO TESTAMENTO

Art. 1974: estende a possibilidade de ruptura também aos ascendentes e ao cônjuge.

> *Art. 1.974. Rompe-se também o testamento feito na ignorância de existirem outros herdeiros necessários.*

Só há rompimento se o testador não tinha ascendente algum ou cônjuge.

Também se o testador tem ascendente e, sabe que o tem, outorgando o testamento, tal testamento não se rompe se depois aparece outro ascendente, tal qual ocorre no caso do art. 1793.

13.2. SUBSISTÊNCIA DO TESTAMENTO SE CONHECIDA A EXISTÊNCIA DE HERDEIROS NECESSÁRIOS

Art. 1975 do CC: se o testador se limita a dispor de sua parte disponível, a exclusão de herdeiros necessários não implica ruptura do testamento. O testador sabe da existência dos herdeiros necessários, mas não quer contemplá-los, por isso não se rompe o testamento, apenas se reduz naquilo que exceder a legítima.

> *Art. 1.975. Não se rompe o testamento, se o testador dispuser da sua metade, não contemplando os herdeiros necessários de cuja existência saiba, ou quando os exclua dessa parte.*

INVENTÁRIO E PARTILHA

1. CONCEITO

Falar de inventário e partilha pressupõe lembrar o princípio da "saisine", segundo o qual, com a abertura da sucessão, transmitem-se automaticamente a posse e a propriedade de todas as relações patrimoniais do falecido.

Desta forma, inventário e partilha é o procedimento especial de jurisdição CONTENCIOSA tendente a enumerar e descrever os bens e direitos transmitidos automaticamente por *saisine*, separando a meação do cônjuge ou companheiro e dividindo os haveres entre todos os sucessores.

OBS.: tal qual o procedimento do júri, o inventário e partilha é um ***procedimento bifásico e escalonado.***

- Na primeira fase são enumerados e descritos os bens (fase de inventariança).
- Na segunda fase são divididos os haveres (fase de partilha).

Por conta da transmissão automática pela saisine, o inventário tem natureza puramente declaratória.

2. PROCEDIMENTO DE INVENTÁRIO

O procedimento de inventário é bifásico e escalonado, pois ele tem uma primeira fase, denominada inventário propriamente dito, e uma segunda fase, denominada partilha.

Todavia, há três diferentes procedimentos de inventário no CPC:

- Inventário tradicional ou solene;
- Arrolamento comum (art. 664 do NCPC);
- Arrolamento sumário (arts. 659 e 660, NCPC)

2.1. INVENTÁRIO TRADICIONAL OU SOLENE

É o que será estudado.

2.2. ARROLAMENTO COMUM (ART. 664, NCPC)

> *Art. 664. Quando o valor dos bens do espólio for igual ou inferior a 1.000 (mil) salários-mínimos, o inventário processar-se-á na forma de arrolamento, cabendo ao inventariante nomeado, independentemente de assinatura de termo de compromisso, apresentar, com suas declarações, a atribuição de valor aos bens do espólio e o plano da partilha.*

> *§ 1º Se qualquer das partes ou o Ministério Público impugnar a estimativa, o juiz nomeará avaliador, que oferecerá laudo em 10 (dez) dias.*
> *§ 2º Apresentado o laudo, o juiz, em audiência que designar, deliberará sobre a partilha, decidindo de plano todas as reclamações e mandando pagar as dívidas não impugnadas.*
> *§ 3º Lavrar-se-á de tudo um só termo, assinado pelo juiz, pelo inventariante e pelas partes presentes ou por seus advogados.*
> *§ 4º Aplicam-se a essa espécie de arrolamento, no que couber, as disposições do art. 672, relativamente ao lançamento, ao pagamento e à quitação da taxa judiciária e do imposto sobre a transmissão da propriedade dos bens do espólio.*

Mesmo havendo divergência entre os herdeiros, o inventário poderá seguir a forma de arrolamento, mas nesse caso o processo será de jurisdição contenciosa e a simplicidade constante do arrolamento sumário não estará presente em sua inteireza. O procedimento do arrolamento comum está previsto no art. 664 do CPC, sendo cabível somente quando os bens que compõem o espólio não tiverem valor superior a 1.000 salários-mínimos, ainda que exista herdeiro incapaz, situação em que será intimado o Ministério Público para participar do processo

Instaurado o processo e designado o inventariante (respeitando-se a ordem do art. 617 do CPC), que será dispensado de prestar compromisso, admite-se a apresentação das declarações já com a atribuição do valor dos bens do espólio e o plano de partilha (art. 664, *caput,* do CPC). Os herdeiros serão citados, e, havendo concordância com os termos sugeridos pelo inventariante, o *formal de partilha* será imediatamente expedido, com aplicação do art. 662 do CPC.

Havendo impugnação por qualquer uma das partes ou pelo Ministério Público quando atua como fiscal da ordem jurídica, o juiz nomeará um avaliador, que terá um prazo de dez dias para oferecer laudo a respeito do valor dos bens que compõem o espólio (art. 664, § l.°, do CPC). Após a apresentação do laudo, o juiz designará uma audiência, na qual decidirá todas as questões atinentes à demanda, determinando a partilha e dando solução aos pedidos de pagamento da dívida do espólio. Existe parcela doutrinária que aponta a desnecessidade de realização dessa audiência, sendo legítima a intimação das partes para manifestação por escrito, decidindo o juiz depois dessa oitiva das partes, com o que já se estaria garantido o contraditório.

2.3. ARROLAMENTO SUMÁRIO (ARTS. 659 E 660, NCPC)

> *Art. 659. A partilha amigável, celebrada entre partes capazes, nos termos da lei, será homologada de plano pelo juiz, com observância dos arts. 660 a 663.*
> *§ 1º O disposto neste artigo aplica-se, também, ao pedido de adjudicação, quando houver herdeiro único.*
> *§ 2º Transitada em julgado a sentença de homologação de partilha ou de adjudicação, será lavrado o formal de partilha ou elaborada a carta de adjudicação e, em seguida, serão expedidos os alvarás referentes aos bens e às rendas por ele abrangidos, intimando-se o fisco para lançamento administrativo do imposto de transmissão e de outros tributos porventura incidentes, conforme dispuser a legislação tributária, nos termos do § 2º do art. 662.*

O art. 659, caput, do CPC prevê o cabimento do arrolamento sumário quando todos os herdeiros forem capazes e existir acordo entre eles quanto à partilha. O tema também é tratado pelo art. 2.015 do CC, que prevê que, sendo os herdeiros capazes, poderão fazer partilha amigável,

por escritura pública, termo nos autos do inventário, ou escrito particular, homologado pelo juiz. Apesar da exigência dos arts. 659, caput, do CPC e 2.105 do CC, o art. 665 do CPC permite o arrolamento sumário mesmo quando houver interessado incapaz, desde que concordem todas as partes e o Ministério Público.

> *CC Art. 2.015. Se os herdeiros forem capazes, poderão fazer partilha amigável, por escritura pública, termo nos autos do inventário, ou escrito particular, homologado pelo juiz.*
> *§ 1º O disposto neste artigo aplica-se, também, ao pedido de adjudicação, quando houver herdeiro único.*
> *§ 2º Transitada em julgado a sentença de homologação de partilha ou adjudicação, o respectivo formal, bem como os alvarás referentes aos bens por ele abrangidos, só serão expedidos e entregues às partes após a comprovação, verificada pela Fazenda Pública, do pagamento de todos os tributos.*

Diante da ausência de conflitos de interesses em razão da convergência de vontades dos herdeiros ou, ainda mais evidente, no caso de herdeiro único, a melhor doutrina aponta para a natureza de jurisdição voluntária do arrolamento sumário.

> *Art. 660. Na petição de inventário, que se processará na forma de arrolamento sumário, independentemente da lavratura de termos de qualquer espécie, os herdeiros:*
> *I - requererão ao juiz a nomeação do inventariante que designarem;*
> *II - declararão os títulos dos herdeiros e os bens do espólio, observado o disposto no art. 630;*
> *III - atribuirão valor aos bens do espólio, para fins de partilha.*

Todo inventário ou arrolamento deverá desaguar em uma partilha.

No prazo de dois meses, caberá aos herdeiros ou ao herdeiro único na petição inicial: (a) requerer ao juiz a nomeação do inventariante que já vem indicado na própria petição inicial, não havendo necessidade de aplicação da ordem legal do art. 617 do Novo CPC e estando o inventariante dispensado de compromisso; (b) declarar os títulos dos herdeiros e os bens do espólio, nos termos do art. 620 do Novo CPC; (c) atribuir o valor dos bens para fins de partilha (art. 660 do Novo CPC).

3. "INVENTÁRIO NEGATIVO"

Não é previsto em lei, é admitido pelos juízes em situações excepcionais, em que é preciso comprovar a inexistência de bens a inventariar, a fim de evitar a imposição de certas sanções que o CC prevê. Assim ocorre para afastar a causa suspensiva do artigo 1523, incisos I e II.

> *Art. 1.523. Não devem casar:*
> *I - o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, **ENQUANTO NÃO FIZER INVENTÁRIO** dos bens do casal e der partilha aos herdeiros;*
> *II - a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal;*

Também para provar que o falecido não deixou bens para responder por suas dívidas (art. 1792, CC).

> *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**, demostrando o valor dos bens herdados.*

4. REGRAS DO INVENTÁRIO SOLENE

4.1. COMPETÊNCIA

> *NCPC Art. 48. O foro de domicílio do autor da herança, no Brasil, é o competente para o inventário, a partilha, a arrecadação, o cumprimento de disposições de última vontade, a impugnação ou anulação de partilha extrajudicial e para todas as ações em que o espólio for réu, ainda que o óbito tenha ocorrido no estrangeiro.*
> *Parágrafo único. Se o autor da herança não possuía domicílio certo, é competente:*
> *I - o foro de situação dos bens imóveis;*
> *II - havendo bens imóveis em foros diferentes, qualquer destes;*
> *III - não havendo bens imóveis, o foro do local de qualquer dos bens do espólio.*
>
> *CC **Art. 1.785**. A sucessão abre-se no lugar do último domicílio do falecido.*

É o foro do último domicílio porque ali, presumidamente, estarão presentes seus interesses.

Se não tinha domicílio certo, o local dos bens IMÓVEIS.

Se não tinha domicílio e possuía bens em locais diferentes, qualquer deles.

Se não possuía bens imóveis, o local de qualquer bem do espólio.

Trata-se de regra de competência relativa, e por isso incide a súmula 33, STJ, e o juiz não pode declarar de ofício sua incompetência.

Fixado o juízo competente para processar e julgar o inventário, internamente, a competência será da vara de sucessões, de acordo com a lei de organização judiciária do local (competência em razão da matéria é absoluta), exceto quando houver o procedimento de herança jacente e vacante, caso em que a competência será da vara da Fazenda Pública.

Obs.1: na forma do art. 612, NCPC, fixado o juízo competente, ele se torna juízo universal do inventário, pois ele decidirá todas as questões fáticas e jurídicas relativas ao inventário, exceto as **questões de alta indagação**, que deverão ser remetidas para as vias ordinárias.

> *Art. 612. O juiz decidirá todas as questões de direito desde que os fatos relevantes estejam provados por documento, **só remetendo para as vias ordinárias as questões que dependerem de outras provas**.*

Questões de alta indagação são aquelas que exigem prova e contraprova. Assim, trata-se de alta indagação fática, e não jurídica. Exemplos: discussões sobre indignidade e investigação de paternidade.

Se o juízo do inventário for competente, ela será distribuída por prevenção, mas não dentro do inventário. Se ele não for competente, a ação irá ao competente.

4.2. PRAZO DE ABERTURA DO INVENTÁRIO

> *NCPC Art. 611. O processo de inventário e de partilha deve ser instaurado dentro de 2 (dois) meses, a contar da abertura da sucessão, ultimando-se nos 12 (doze) meses subsequentes, podendo o juiz prorrogar esses prazos, de ofício ou a requerimento de parte.*

Segundo o art. 611 do Novo CPC, o processo de inventário e partilha deve ser aberto dentro de dois meses a contar da abertura da sucessão, ultimando-se nos 12 meses subsequentes, podendo o juiz prorrogar tais prazos, de ofício ou a requerimento da parte. O prazo de encerramento do inventário é dirigido ao órgão jurisdicional, sendo, portanto, prazo impróprio, de forma que o seu não cumprimento não gerará consequências processuais.

Não existe sanção prevista no dispositivo legal para o descumprimento do prazo de abertura do inventário, cabendo a cada Estado-membro da federação a previsão da multa.

> *Súmula 542 do STF: "Não é inconstitucional a multa instituída pelo Estado-membro como sanção pelo retardamento do início ou ultimação do inventário".*

4.3. LEGITIMIDADE PARA O REQUERIMENTO DE INVENTÁRIO E PARTILHA

> *Art. 615. O requerimento de inventário e de partilha incumbe a quem estiver na posse e na administração do espólio, no prazo estabelecido no art. 611.*
> *Parágrafo único. O requerimento será instruído com a certidão de óbito do autor da herança.*

Nos termos do art. 615, caput, do Novo CPC, cabe a quem estiver na posse e na administração do espólio o requerimento de inventário e de partilha dentro do prazo legal, dando a entender que esse sujeito seja o administrador provisório. Administrador provisório é aquele que já se encontra na administração dos bens por ocasião da abertura da sucessão, de forma que a sua designação independe de decisão judicial. Trata-se do legitimado preferencial à propositura do inventário, anda que a legitimação ativa para esse tipo de ação seja concorrente disjuntiva.

O dispositivo legal cria um dever para o administrador provisório, de forma que enquanto os legitimados pelo art. 616 do Novo CPC podem dar início ao inventário, o administrador provisório deve, respondendo por perdas e danos perante os herdeiros em razão de sua omissão em propor a ação de inventário no prazo legal.

> *Art. 616. Têm, contudo, legitimidade concorrente:*
> *I - o cônjuge ou companheiro supérstite;*
> *II - o herdeiro;*
> *III - o legatário;*
> *IV - o testamenteiro;*
> *V - o cessionário do herdeiro ou do legatário;*
> *VI - o credor do herdeiro, do legatário ou do autor da herança;*
> *VII - o Ministério Público, havendo herdeiros incapazes;*
> *VIII - a Fazenda Pública, quando tiver interesse;*
> *IX - o administrador judicial da falência do herdeiro, do legatário, do autor da herança ou do cônjuge ou companheiro supérstite.*

Os arts. 615 e 616 do Novo CPC regulamentam a legitimidade ativa para a propositura da ação de inventário. Apesar de ser em regra proposto pelo administrador provisório, trata-se de espécie de legitimidade concorrente, de forma que qualquer dos sujeitos indicados pela lei pode indistintamente dar início ao processo. Apesar de a legitimidade do Ministério Público estar condicionada à presença de herdeiros incapazes (art. 616, VII, do Novo CPC), existe corrente doutrinária que defende tal legitimidade em outras situações, desde que haja interesse público.

Trata-se de legitimação ativa concorrente e não subsidiária, de forma que qualquer dos legitimados previstos nos arts. 615 e 616 do Novo CPC tem legitimidade, a qualquer momento após o falecimento do autor da herança, de propor a ação de inventário e partilha. Como qualquer dos legitimados pode sozinho propor a ação, além de concorrente a legitimidade ativa no inventário e partilha é disjuntiva.

4.4. A FIGURA DO INVENTARIANTE

4.4.1. Noções gerais

É o administrador e representante, em juízo e fora dele, do espólio. Ele não é um herdeiro especial ou diferenciado, não tem nenhuma prerrogativa a mais.

O inventariante somente será nomeado por ato do juiz. Até que se dê sua nomeação, quem representa o espólio é o ***administrador provisório***, que será aquele que estiver na posse do bem, e, havendo mais de um na posse, todos eles.

> *Art. 613. Até que o inventariante preste o compromisso, continuará o espólio na posse do administrador provisório.*
>
> *Art. 614. O administrador provisório representa ativa e passivamente o espólio, é obrigado a trazer ao acervo os frutos que desde a abertura da sucessão percebeu, tem direito ao reembolso das despesas necessárias e úteis que fez e responde pelo dano a que, por dolo ou culpa, der causa.*

Em se tratando de **inventariante dativo ou judicial**, ele não representa o espólio em juízo e fora dele. Nesse caso, quem representa o espólio são os próprios herdeiros.

4.4.2. Nomeação do Inventariante

O inventariante será nomeado de acordo com o rol do art. 617, NCPC.

> *Art. 617. O juiz nomeará inventariante na seguinte ordem:*
> *I - o cônjuge ou companheiro sobrevivente, desde que estivesse convivendo com o outro ao tempo da morte deste;*
> *II - o herdeiro que se achar na posse e na administração do espólio, se não houver cônjuge ou companheiro sobrevivente ou se estes não puderem ser nomeados;*
> *III - qualquer herdeiro, quando nenhum deles estiver na posse e na administração do espólio;*
> *IV - o herdeiro menor, por seu representante legal;*
> *V - o testamenteiro, se lhe tiver sido confiada a administração do espólio ou se toda a herança estiver distribuída em legados;*
> *VI - o cessionário do herdeiro ou do legatário;*
> *VII - o inventariante judicial, se houver;*
> *VIII - pessoa estranha idônea, quando não houver inventariante judicial.*
> *Parágrafo único. O inventariante, intimado da nomeação, prestará, dentro de 5 (cinco) dias, o compromisso de bem e fielmente desempenhar a função.*

Nos processos de inventário e partilha faz-se necessária a figura de um auxiliar especial do juízo que administre o acervo hereditário e represente o espólio, em juízo e fora dele, até que se verifique a partilha. Trata-se do inventariante, que exerce no processo um múnus público, a exigir a prestação de um compromisso de que desempenhará bem o seu papel (art. 617, parágrafo único, do Novo CPC).

A inventariança legítima recai sobre um dos sujeitos previstos em lei, sendo que nesse caso existe uma ordem de preferência a ser seguida pelo juiz (art. 617 do Novo CPC): o cônjuge ou companheiro sobrevivente, desde que estivesse convivendo com o outro ao tempo da morte deste; o herdeiro que se achar na posse e na administração do espólio, se não houver cônjuge ou companheiro sobrevivente ou se estes não puderem ser nomeados; qualquer herdeiro, quando nenhum deles estiver na posse e na administração do espólio; o herdeiro menor, por seu representante legal; o testamenteiro, se lhe tiver sido confiada a administração do espólio ou se toda a herança estiver distribuída em legados; o cessionário do herdeiro ou do legatário; o inventariante judicial, se houver; pessoa estranha idônea, quando não houver inventariante judicial.

4.4.3. Atribuições do inventariante

Para algumas atribuições, o inventariante pode atuar ex officio; para outras, não.

O art. 618 traz as atribuições que independem de permissão do juiz.

> *Art. 618. Incumbe ao inventariante:*
> *I - representar o espólio ativa e passivamente, em juízo ou fora dele, observando-se, quanto ao dativo, o disposto no art. 75, § 1º;*
> *II - administrar o espólio, velando-lhe os bens com a mesma diligência que teria se seus fossem;*
> *III - prestar as primeiras e as últimas declarações pessoalmente ou por procurador com poderes especiais;*
> *IV - exibir em cartório, a qualquer tempo, para exame das partes, os documentos relativos ao espólio;*
> *V - juntar aos autos certidão do testamento, se houver;*
> *VI - trazer à colação os bens recebidos pelo herdeiro ausente, renunciante ou excluído;*

> *VII - prestar contas de sua gestão ao deixar o cargo ou sempre que o juiz lhe determinar;*
> *VIII - requerer a declaração de insolvência.*

O art. 619, por sua vez, traz quatro atos que o inventariante somente pode praticar com autorização judicial, ouvido o MP:

> *Art. 619. Incumbe ainda ao inventariante, ouvidos os interessados e com autorização do juiz:*
> *I - alienar bens de qualquer espécie;*
> *II - transigir em juízo ou fora dele;*
> *III - pagar dívidas do espólio;*
> *IV - fazer as despesas necessárias para a conservação e o melhoramento dos bens do espólio.*

4.4.4. Remoção e Destituição do inventariante

Remoção e destituição são hipóteses de afastamento do inventariante. Tanto a remoção quanto a destituição pressupõem o devido processo legal.

a) Remoção

É **punição** imposta ao inventariante que cometeu uma falta ou um deslize (ex.: falta de prestação de contas ou abandono do procedimento).

A remoção deve ser requerida pelo interessado ou pelo MP a partir de um procedimento incidental, todavia admite-se que o juiz inicie o procedimento *ex officio.* Esse procedimento tramitará em apenso, devendo o inventariante ser intimado para se defender no prazo de 15 dias (CPC/73 era de 5 dias).

> *CPC*
> *Art. 621. Só se pode arguir sonegação ao inventariante depois de encerrada a descrição dos bens, com a declaração, por ele feita, de não existirem outros por inventariar.*
>
> *Art. 622. O inventariante será removido de ofício ou a requerimento:*
> *I - se não prestar, no prazo legal, as primeiras ou as últimas declarações;*
> *II - se não der ao inventário andamento regular, se suscitar dúvidas infundadas ou se praticar atos meramente protelatórios;*
> *III - se, por culpa sua, bens do espólio se deteriorarem, forem dilapidados ou sofrerem dano;*
> *IV - se não defender o espólio nas ações em que for citado, se deixar de cobrar dívidas ativas ou se não promover as medidas necessárias para evitar o perecimento de direitos;*
> *V - se não prestar contas ou se as que prestar não forem julgadas boas;*
> *VI - se sonegar, ocultar ou desviar bens do espólio.*
>
> *Art. 623. Requerida a remoção com fundamento em qualquer dos incisos do art. 622, **será intimado o inventariante para, no prazo de 15 (quinze) dias, defender-se e produzir provas**.*

> *Parágrafo único. O incidente da remoção correrá em apenso aos autos do inventário.*
>
> *Art. 624. Decorrido o prazo, com a defesa do inventariante ou sem ela, o juiz decidirá.*
> *Parágrafo único. Se remover o inventariante, o juiz nomeará outro, observada a ordem estabelecida no art. 617.*
>
> *Art. 625. O inventariante removido entregará imediatamente ao substituto os bens do espólio e, caso deixe de fazê-lo, será compelido mediante mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de bem móvel ou imóvel, sem prejuízo da multa a ser fixada pelo juiz em montante não superior a três por cento do valor dos bens inventariados.*

b) Destituição

Não tem caráter punitivo. Ela está ligada a um fato externo que impede ou atrapalha o exercício da inventariança (ex.: o inventariante foi preso ou interditado).

A destituição não depende de processo incidente pelo simples fato de não ter natureza punitiva. Todavia, o juiz é obrigado a indicar os fundamentos da destituição.

O inventariante destituído ou removido é obrigado a devolver todos os bens e documentos que esteja sob sua posse. Se ele não fizer isso, caberá busca e apreensão ou imissão na posse (se móvel ou imóvel, respectivamente).

5. PROCEDIMENTO DO INVENTÁRIO SOLENE

a) Petição inicial - comunica o óbito, devendo estar acompanhada da certidão e do valor da causa.

b) Decisão de nomeação do inventariante

c) Compromisso do inventariante no prazo de 5 dias

d) Apresentação das primeiras declarações

e) O inventariante indica os herdeiros e os bens transmitidos.

f) Citações

> *Art. 626. Feitas as primeiras declarações, o juiz mandará citar, para os termos do inventário e da partilha, o cônjuge, o companheiro, os herdeiros e os legatários e intimar a Fazenda Pública, o Ministério Público, se houver herdeiro incapaz ou ausente, e o testamenteiro, se houver testamento.*
> *§ 1º O cônjuge ou o companheiro, os herdeiros e os legatários serão citados pelo correio, observado o disposto no art. 247, sendo, ainda, publicado edital, nos termos do inciso III do art. 259.*
> *§ 2º Das primeiras declarações extrair-se-ão tantas cópias quantas forem as partes.*
> *§ 3º A citação será acompanhada de cópia das primeiras declarações.*

> *§ 4º Incumbe ao escrivão remeter cópias à Fazenda Pública, ao Ministério Público, ao testamenteiro, se houver, e ao advogado, se a parte já estiver representada nos autos.*

Após as primeiras declarações serão citados o cônjuge ou companheiro, os herdeiros, os legatários e, havendo o finado deixado testamento, o testamenteiro, que formarão um litisconsórcio necessário. Os citados receberão cópia das primeiras declarações.

A Fazenda Pública e o Ministério Público, havendo herdeiro incapaz ou ausente, deverão ser intimados na pessoa de seu representante legal, e não citados como prevê o art. 626, caput, do Novo CPC, bem como receberão cópias das primeiras declarações.

5.1. FASE DE IMPUGNAÇÕES

O art. 627 do NCPC estabelece a possibilidade de impugnação, que tem natureza de contestação.

> *Art. 627. Concluídas as citações, abrir-se-á vista às partes, em cartório e pelo prazo comum de 15 (quinze) dias, para que se manifestem sobre as primeiras declarações, incumbindo às partes:*
> *I - arguir erros, omissões e sonegação de bens;*
> *II - reclamar contra a nomeação de inventariante*
> *III - contestar a qualidade de quem foi incluído no título de herdeiro.*
> *§ 1º Julgando procedente a impugnação referida no inciso I, o juiz mandará retificar as primeiras declarações.*
> *§ 2º Se acolher o pedido de que trata o inciso II, o juiz nomeará outro inventariante, observada a preferência legal.*
> *§ 3º Verificando que a disputa sobre a qualidade de herdeiro a que alude o inciso III demanda produção de provas que não a documental, o juiz remeterá a parte às vias ordinárias e sobrestará, até o julgamento da ação, a entrega do quinhão que na partilha couber ao herdeiro admitido.*
>
> *Art. 628. Aquele que se julgar preterido poderá demandar sua admissão no inventário, requerendo-a antes da partilha.*
> *§ 1º Ouvidas as partes no prazo de 15 (quinze) dias, o juiz decidirá.*
> *§ 2º Se para solução da questão for necessária a produção de provas que não a documental, o juiz remeterá o requerente às vias ordinárias, mandando reservar, em poder do inventariante, o quinhão do herdeiro excluído até que se decida o litígio.*

Realizadas as citações e as intimações, abrir-se-á um prazo comum de 15 dias para as partes se manifestarem sobre as primeiras declarações, nos próprios autos do inventário, aduzindo o art. 627 do Novo CPC ser cabível à parte: (a) a alegação de erros, omissões e sonegação de bens; (b) a reclamação contra a nomeação do inventariante; e (c) a contestação da qualidade de quem foi incluído no título de herdeiro.

Para o caso de acolhimento de cada uma dessas matérias, o art. 627 do Novo CPC, em seus incisos, prevê uma consequência: (a) determinação de retificação das declarações; (b) nomeação de outro inventariante, respeitando-se a ordem legal, sendo essa hipótese distinta daquela prevista no art. 622 do Novo CPC, que exige conduta apta a destituição enquanto no art. 627, II, do Novo CPC a discussão se limita a inversão da ordem legal, falta de capacidade ou idoneidade para o exercício da função; (c) resolução de controvérsia a respeito da qualidade de

herdeiro, remetendo as partes às vias ordinárias se a matéria exigir prova não documental, ou seja, questões que não podem ser comprovadas com prova documental, com o sobrestamento do inventário. A decisão tem natureza interlocutória, sendo recorrível por agravo de instrumento, nos termos do art. 1.105, parágrafo único, do Novo CPC.

5.2. FASE DE AVALIAÇÕES

Aqui, os bens serão apreciados.

Se houver interesse de incapaz, tal avaliação será judicial.

A avaliação pode ser dispensada sempre que inexistir conflito entre as partes e a Fazenda Pública consentir ao valor.

> *Art. 630. Findo o prazo previsto no art. 627 sem impugnação ou decidida a impugnação que houver sido oposta, o juiz nomeará, se for o caso, perito para avaliar os bens do espólio, se não houver na comarca avaliador judicial.*
> *Parágrafo único. Na hipótese prevista no art. 620, § 1º, o juiz nomeará perito para avaliação das quotas sociais ou apuração dos haveres.*
> *Art. 631. Ao avaliar os bens do espólio, o perito observará, no que for aplicável, o disposto nos arts. 872 e 873.*
> *Art. 632. Não se expedirá carta precatória para a avaliação de bens situados fora da comarca onde corre o inventário se eles forem de pequeno valor ou perfeitamente conhecidos do perito nomeado.*
> *Art. 633. Sendo capazes todas as partes, não se procederá à avaliação se a Fazenda Pública, intimada pessoalmente, concordar de forma expressa com o valor atribuído, nas primeiras declarações, aos bens do espólio.*
> *Art. 634. Se os herdeiros concordarem com o valor dos bens declarados pela Fazenda Pública, a avaliação cingir-se-á aos demais.*
> *Art. 635. Entregue o laudo de avaliação, o juiz mandará que as partes se manifestem no prazo de 15 (quinze) dias, que correrá em cartório.*
> *§ 1º Versando a impugnação sobre o valor dado pelo perito, o juiz a decidirá de plano, à vista do que constar dos autos.*
> *§ 2º Julgando procedente a impugnação, o juiz determinará que o perito retifique a avaliação, observando os fundamentos da decisão.*
> *Art. 636. Aceito o laudo ou resolvidas as impugnações suscitadas a seu respeito, lavrar-se-á em seguida o termo de últimas declarações, no qual o inventariante poderá emendar, aditar ou completar as primeiras.*

5.3. ÚLTIMAS DECLARAÇÕES (ART. 637, NCPC)

Essa fase é muito importante, pois se trata de um prazo fatal para que o interessado traga bens à colação (bens que foram antecipados).

Se o bem não foi colacionado até o limite das últimas declarações, caracterizará SONEGADOS, havendo a possibilidade de propositura da ação de sonegados, que serve para condenar aquele que deveria ter colacionado e não o fez (herdeiro que recebeu antecipação de herança e não colacionou o bem).

Essa ação tem prazo prescricional de 10 anos. A sanção aplicada é a perda do direito hereditário sobre o bem sonegado.

Art. 637. Ouvidas as partes sobre as últimas declarações no prazo comum de 15 (quinze) dias, proceder-se-á ao cálculo do tributo.

Art. 638. Feito o cálculo, sobre ele serão ouvidas todas as partes no prazo comum de 5 (cinco) dias, que correrá em cartório, e, em seguida, a Fazenda Pública.
§ 1º Se acolher eventual impugnação, o juiz ordenará nova remessa dos autos ao contabilista, determinando as alterações que devam ser feitas no cálculo.
§ 2º Cumprido o despacho, o juiz julgará o cálculo do tributo.

.

5.4. PAGAMENTO DE DÍVIDAS E RECOLHIMENTO FISCAL

No que tange ao pagamento de dívidas, o CPC estabelece que, se a dívida é líquida, certa e exigível, o credor pode optar por habilitar o crédito DIRETAMENTE no inventário ou ajuizar uma ação autônoma de cobrança.

Só um credor é obrigado a cobrar diretamente no inventário: é a Fazenda Pública, que é obrigada a promover a execução fiscal.

Obs.: se a dívida não é líquida, certa e exigível, as partes devem ir para as vias ordinárias.

Art. 642. Antes da partilha, poderão os credores do espólio requerer ao juízo do inventário o pagamento das dívidas vencidas e exigíveis.
§ 1º A petição, acompanhada de prova literal da dívida, será distribuída por dependência e autuada em apenso aos autos do processo de inventário.
§ 2º Concordando as partes com o pedido, o juiz, ao declarar habilitado o credor, mandará que se faça a separação de dinheiro ou, em sua falta, de bens suficientes para o pagamento.
§ 3º Separados os bens, tantos quantos forem necessários para o pagamento dos credores habilitados, o juiz mandará aliená-los, observando-se as disposições deste Código relativas à expropriação.
§ 4º Se o credor requerer que, em vez de dinheiro, lhe sejam adjudicados, para o seu pagamento, os bens já reservados, o juiz deferir-lhe-á o pedido, concordando todas as partes.
§ 5º Os donatários serão chamados a pronunciar-se sobre a aprovação das dívidas, sempre que haja possibilidade de resultar delas a redução das liberalidades.

6. DECISÃO DE PARTILHA

É o último momento do inventário.

Todo inventário desemboca em uma partilha, mesmo quando ele tramitou sob forma de arrolamento (exceto o arrolamento sumário). Tal partilha pode ser judicial ou amigável.

A amigável pode ser *inter vivos* (art. 2.015, CC) ou *causa mortis.*

CC Art. 2.015. Se os herdeiros forem capazes, poderão fazer partilha amigável, por escritura pública, termo nos autos do inventário, ou escrito particular, homologado pelo juiz.

Ela somente pode ser amigável se todos forem maiores e capazes e se não houver conflito. Havendo conflito ou menor, obrigatoriamente será judicial.

> *CC Art. 2.016. Será sempre judicial a partilha, se os herdeiros divergirem, assim como se algum deles for incapaz.*

Se a partilha é judicial, comporta ação RESCISÓRIA. Se for amigável, apenas ação ANULATÓRIA (art. 657, parágrafo único N**CPC**).

> *NCPC Art. 657. A partilha amigável, lavrada em instrumento público, reduzida a termo nos autos do inventário ou constante de escrito particular homologado pelo juiz, pode ser anulada por dolo, coação, erro essencial ou intervenção de incapaz, observado o disposto no § 4º do art. 966.*
> *Parágrafo único. O direito à anulação de partilha amigável extingue-se em 1 (um) ano, contado esse prazo:*
> *I - no caso de coação, do dia em que ela cessou;*
> *II - no caso de erro ou dolo, do dia em que se realizou o ato;*
> *III - quanto ao incapaz, do dia em que cessar a incapacidade.*
> *Art. 658. É rescindível a partilha julgada por sentença:*
> *I - nos casos mencionados no art. 657;*
> *II - se feita com preterição de formalidades legais;*
> *III - se preteriu herdeiro ou incluiu quem não o seja.*

OBS.: não confundir emenda da partilha com sobrepartilha.

- EMENDA da partilha é para a correção de erros materiais (não há prazo para emenda).
- SOBREPARTILHA é uma nova partilha para bens que indevidamente não foram incluídos na partilha.

DIREITO SUCESSÓRIO E O PODER PÚBLICO

1. HERANÇA JACENTE

Inexistindo herdeiros legítimos e testamentários, o Estado qualifica-se como sucessor nos termos do art. 1844 do Código Civil.

> *Art. 1.844. Não sobrevivendo cônjuge, ou companheiro, nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado a herança, esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal.*

Portanto, a herança jacente, segundo Luiz Paulo Vieira de Carvalho, é aquela que jaz sem herdeiro conhecido, legal ou testamentário (arts. 1819 a 1821 do CC).

> *Art. 1.819. Falecendo alguém **sem deixar testamento nem herdeiro legítimo** notoriamente conhecido, os **bens da herança**, depois de arrecadados, **ficarão sob a guarda e administração de um curador**, até a sua entrega ao sucessor devidamente habilitado ou à declaração de sua vacância.*
>
> *Art. 1.820. Praticadas as diligências de arrecadação e ultimado o inventário, serão EXPEDIDOS EDITAIS na forma da lei processual, e, decorrido um ano de sua primeira publicação, sem que haja herdeiro habilitado, ou penda habilitação, será a herança declarada vacante.*
>
> *Art. 1.821. É assegurado aos credores o direito de pedir o pagamento das dívidas reconhecidas, nos limites das forças da herança.*

Possui como pressupostos:

a) inexistência de herdeiros ou caso existam que tenham renunciado à herança;

b) inexistência de testamento.

A herança jacente possui natureza de procedimento de ***jurisdição voluntária***, encerrando-se com o pronunciamento judicial da vacância.

Mister ressaltar que o STJ (RESP 100290, RESP 164196, RESP 63976), desde a vigência do CC/16, vem entendendo que o Poder Público não é herdeiro, apenas MERO sucessor, uma vez que para ele não há saisine (transmissão imediata do acervo hereditário no exato momento da morte); além disso, o Poder Público não recolhe a herança do falecido por ocasião da abertura da sucessão, dependendo para tanto de procedimento judicial prévio de herança jacente e uma sentença que declare os bens vagos. Tal entendimento foi confirmado pelo CC/2002, pois a Fazenda Pública que constava da ordem de vocação hereditária no CC/16 (art. 1603, V), foi excluída do referido rol pelo novo diploma, não constando da lista de herdeiros legais, nem no art. 1829, I a IV, nem no art. 1790 I a IV.

Desta feita, apesar do nome do referido instituto, não se trata de herança propriamente dita e sim de um direito de ocupação pelo ente público respectivo.

2. HERANÇA VACANTE: VACÂNCIA – ARRECADAÇÃO DOS BENS VAGOS

A herança vacante é aquela que é judicialmente declarada vaga, nas hipóteses dos artigos 1820 e 1823 do CC/02.

> *Art. 1.820. Praticadas as diligências de arrecadação e ultimado o inventário, serão expedidos editais na forma da lei processual, e, **decorrido um ano de sua primeira publicação, sem que haja herdeiro habilitado, ou penda habilitação, será a HERANÇA DECLARADA VACANTE**.*
>
> *Art. 1.821. É assegurado aos credores o direito de pedir o pagamento das dívidas reconhecidas, nos limites das forças da herança.*
>
> *Art. 1.822. A declaração de vacância da herança não prejudicará os herdeiros que legalmente se habilitarem; mas, **decorridos cinco anos da ABERTURA DA SUCESSÃO**, os bens arrecadados passarão ao domínio do Município ou do Distrito Federal, se localizados nas respectivas circunscrições, incorporando-se ao domínio da União quando situados em território federal. Parágrafo único. Não se habilitando até a declaração de vacância, os COLATERAIS ficarão excluídos da sucessão.*
>
> *Art. 1.823. Quando todos os chamados a suceder renunciarem à herança, será esta desde logo declarada vacante.*

Segundo Luiz Paulo Vieira de Carvalho, de início, faz-se necessária a adoção das formalidades previstas nos artigos 1819 a 1821 do CC, no intuito de afirmar-se a jacência da herança, podendo ou não, ser transformada em herança vacante, para que possa ser titularizada pelo Poder Público.

3. PROCEDIMENTO

3.1. REGRAS

Primeiramente, a teor do art. 1819 do CC, arrecada-se judicialmente o acervo de bens que compõem a herança jacente, nomeando-se em seguida um curador para administrá-lo, o qual representará a pessoa formal em juízo ou fora dele.

> *Art. 1.819. Falecendo alguém sem deixar testamento nem herdeiro legítimo notoriamente conhecido, os bens da herança, depois de arrecadados, **ficarão sob a guarda e administração de um curador**, até a sua entrega ao sucessor devidamente habilitado ou à declaração de sua vacância.*

Inexistindo habilitação ou sendo esta rejeitada será a herança **declarada VACANTE**, nos termos do art. 1820 CC.

> *Art. 1.820. Praticadas as diligências de arrecadação e ultimado o inventário, serão expedidos editais na forma da lei processual, e, **decorrido um ano de sua primeira publicação, sem que haja herdeiro habilitado, ou penda** habilitação**, será a HERANÇA DECLARADA VACANTE**.*

Além disso, nos termos do art. 1823 do CC, a declaração da vacância poderá se dar desde loco, sem maiores formalidades, na hipótese de todos os sucessores conhecidos renunciarem à herança (segundo Adiel da Silva França, tal previsão não dispensa o prazo quinquenal do art. 1822 para que o Poder Público possa adquirir a propriedade definitiva dos bens vagos, mesmo em caso de renúncia, pois essa pode ser objeto de invalidação futura).

Art. 1.823. Quando todos os chamados a suceder renunciarem à herança, será esta desde logo declarada VACANTE.

Mister ressaltar que, nos termos do art. 1822 do CC, decorridos 5 anos da abertura da sucessão (existindo ou não a sentença de vacância), os bens arrecadados passarão ao domínio do Poder Público.

*Art. 1.822. A declaração de vacância da herança não prejudicará os herdeiros que legalmente se habilitarem; mas, **decorridos cinco anos da ABERTURA DA SUCESSÃO**, os bens arrecadados passarão ao domínio do Município ou do Distrito Federal, se localizados nas respectivas circunscrições, incorporando-se ao domínio da União quando situados em território federal.*

Além disso, vale consignar que enquanto não alcançado o termo final de tal prazo, a propriedade dos bens que compõem o monte hereditário é ainda ***resolúvel*** para o Poder Público, uma vez que pode surgir alguém (agora somente por ação própria – petição de herança, petição de legado ou ação de cobrança) pleiteando o reconhecimento de sua condição de sucessor legal, de sucessor testamentário, de legatário ou de credor.

3.2. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Art. 738. Nos casos em que a lei considere jacente a herança, o juiz em cuja comarca tiver domicílio o falecido procederá imediatamente à arrecadação dos respectivos bens.

Art. 739. A herança jacente ficará sob a guarda, a conservação e a administração de um curador até a respectiva entrega ao sucessor legalmente habilitado ou até a declaração de vacância.
§ 1º Incumbe ao curador:
I - representar a herança em juízo ou fora dele, com intervenção do Ministério Público;
II - ter em boa guarda e conservação os bens arrecadados e promover a arrecadação de outros porventura existentes;
III - executar as medidas conservatórias dos direitos da herança;
IV - apresentar mensalmente ao juiz balancete da receita e da despesa;
V - prestar contas ao final de sua gestão.
§ 2º Aplica-se ao curador o disposto nos arts. 159 a 161.

Art. 740. O juiz ordenará que o oficial de justiça, acompanhado do escrivão ou do chefe de secretaria e do curador, arrole os bens e descreva-os em auto circunstanciado.
§ 1º Não podendo comparecer ao local, o juiz requisitará à autoridade policial que proceda à arrecadação e ao arrolamento dos bens, com 2 (duas) testemunhas, que assistirão às diligências.
§ 2º Não estando ainda nomeado o curador, o juiz designará depositário e lhe

entregará os bens, mediante simples termo nos autos, depois de compromissado.
§ 3º Durante a arrecadação, o juiz ou a autoridade policial inquirirá os moradores da casa e da vizinhança sobre a qualificação do falecido, o paradeiro de seus sucessores e a existência de outros bens, lavrando-se de tudo auto de inquirição e informação.
§ 4º O juiz examinará reservadamente os papéis, as cartas missivas e os livros domésticos e, verificando que não apresentam interesse, mandará empacotá-los e lacrá-los para serem assim entregues aos sucessores do falecido ou queimados quando os bens forem declarados vacantes.
§ 5º Se constar ao juiz a existência de bens em outra comarca, mandará expedir carta precatória a fim de serem arrecadados.
§ 6º Não se fará a arrecadação, ou essa será suspensa, quando, iniciada, apresentarem-se para reclamar os bens o cônjuge ou companheiro, o herdeiro ou o testamenteiro notoriamente reconhecido e não houver oposição motivada do curador, de qualquer interessado, do Ministério Público ou do representante da Fazenda Pública.

Art. 741. Ultimada a arrecadação, o juiz mandará expedir edital, que será publicado na rede mundial de computadores, no sítio do tribunal a que estiver vinculado o juízo e na plataforma de editais do Conselho Nacional de Justiça, onde permanecerá por 3 (três) meses, ou, não havendo sítio, no órgão oficial e na imprensa da comarca, por 3 (três) vezes com intervalos de 1 (um) mês, para que os sucessores do falecido venham a habilitar-se no prazo de 6 (seis) meses contado da primeira publicação.
§ 1º Verificada a existência de sucessor ou de testamenteiro em lugar certo, far-se-á a sua citação, sem prejuízo do edital.
§ 2º Quando o falecido for estrangeiro, será também comunicado o fato à autoridade consular.
§ 3º Julgada a habilitação do herdeiro, reconhecida a qualidade do testamenteiro ou provada a identidade do cônjuge ou companheiro, a arrecadação converter-se-á em inventário.
§ 4º Os credores da herança poderão habilitar-se como nos inventários ou propor a ação de cobrança.

Art. 742. O juiz poderá autorizar a alienação:
I - de bens móveis, se forem de conservação difícil ou dispendiosa;
II - de semoventes, quando não empregados na exploração de alguma indústria;
III - de títulos e papéis de crédito, havendo fundado receio de depreciação;
IV - de ações de sociedade quando, reclamada a integralização, não dispuser a herança de dinheiro para o pagamento;
V - de bens imóveis:
a) se ameaçarem ruína, não convindo a reparação;

b) se estiverem hipotecados e vencer-se a dívida, não havendo dinheiro para o pagamento.
§ 1º Não se procederá, entretanto, à venda se a Fazenda Pública ou o habilitando adiantar a importância para as despesas.
§ 2º Os bens com valor de afeição, como retratos, objetos de uso pessoal, livros e obras de arte, só serão alienados depois de declarada a vacância da herança.

Art. 743. Passado 1 (um) ano da primeira publicação do edital e não havendo herdeiro habilitado nem habilitação pendente, será a herança declarada vacante.
§ 1º Pendendo habilitação, a vacância será declarada pela mesma sentença que a julgar improcedente, aguardando-se, no caso de serem diversas as habilitações, o julgamento da última.
§ 2º Transitada em julgado a sentença que declarou a vacância, o cônjuge, o companheiro, os herdeiros e os credores só poderão reclamar o seu direito por ação direta.

4. NATUREZA DA SENTENCA DE VACÂNCIA

A sentença que declara a vacância possui natureza constitutiva e não declaratória, não possuindo efeitos ex tunc (retroagindo à data da abertura da sucessão) e sim efeitos ex nunc.

Tal entendimento possui relevância prática na questão envolvendo o instituto da Usucapião. Se a eficácia fosse retroativa, tal instituto não poderia ser aplicado, uma vez que a propriedade seria do Poder Público desde a morte do de cujus, não sendo admitido usucapião de bem público (arts. 183 e 191 CF). Porém, por possuir natureza constitutiva, enquanto não for proferida tal sentença, a usucapião poderá ser consumada, uma vez que o referido bem ainda não foi incorporado pelo Poder Público.