

MÓDULO FAMÍLIA E SUCESSÕES

Bibliografia: Silvio Venosa – Atlas – Tanto o livro de Família quanto o de Sucessões
Eduardo Oliveira Leite – forense (Sucessões)
Maria Berenice Dias – Direito de Família no NCC

Rio, 22/01/03

FAMÍLIA

HABILITAÇÃO PARA O CASAMENTO

O prazo para habilitação não é + de 3 meses; mas 90 dias (Cuidado: não é a mm coisa).
Art 1516, parág. 1º.

Outra mudança é que antes se apresentava toda a documentação para o oficial do Registro Civil, que encaminhava ao MP, que era o curador de Registro civil de Pessoas Naturais e ele dizia se essas pessoas estavam ou não habilitadas para se casarem. Agora, além da participação obrigatória do MP, o juiz tem que homologar, senão eles não poderão se casar. A intervenção judicial é agora obrigatória. Art. 1526.

Logo, temos agora:

Oficial do registro civil → MP (curador de registro civil de pessoas naturais) → juiz de registro civil de pessoas naturais.

Apesar do art. 1526 falar em audiência com o MP, os nubentes não vão se encontrar com o MP, o MP vai verificar a documentação e estando tudo correto o juiz homologa. Essa audiência deve ser entendida como a manifestação do MP, o exame feito pelo MP como *custus legis*.

Como se faz a habilitação para o casamento? Os nubentes vão ao cartório de registro civil de pessoas naturais e entregam a documentação exigida na lei para o casamento. Apresentada a documentação, o oficial vai encaminhar essa documentação ao MP e estando tudo OK, o juiz homologa.

IMPEDIMENTOS MATRIMONIAIS

Há 3 espécies de impedimentos:

- 1) **Impedimento dirimente absoluto** (ou público);
- 2) **Impedimento dirimente relativo** (ou particular ou privado);
- 3) Essa 3ª espécie teve seu nome modificado. Antes era chamado de impedimento proibitivo ou impediante, agora é **Causa suspensiva**.

Impedimento dirimente absoluto (ou público)

Tem como sanção a nulidade do casamento (art. 1521).

Essas pessoas do art. 1521 que estão impedidas para o casamento, tb estão impedidas para a união estável (isso pq se elas vierem a se casar, o casamento é nulo, logo não há como converter a união estável em casamento) mas tem duas exceção: a do casado separado de fato ou separado judicialmente.

Logo, o casado separado de fato ou o separado judicialmente, pode viver em união estável.

Fazer remissão no art. 1521(não podem casar) ao art. 1723, parag. 1º (esse artigo diz que pode viver em o casado separado de fato e o separado judicialmente).

Como saber que o art. 1521 é caso de nulidade e não de anulabilidade se o art. 1521 só fala em “não podem casar”? R: Vide art. 1548, II.

Fazer remissão, no art. 1521, ao art. 1548, II.

Nessas ações de nulidade de casamento o MP tem que obrigatoriamente atuar como *custus legis*, sob pena de nulidade. Esse MP é o curador de Família. O MP não atua nem na defesa nem contra o casamento, ele atua só como fiscal da lei.

A natureza dessa sentença é declaratória e o prazo imprescritível.

OBS: O curador ao vínculo matrimonial é o Defensor Público ou o advogado. Ele faz a defesa da validade do casamento.

Há uma divergência se continua sendo necessária a atuação do curador ao vínculo nessas ações, pois antes, no CC/1916 a lei exigia expressamente a atuação do curador nas ações de invalidade do casamento, agora com o NCC não tem mais artigo exigindo a atuação do curador, por isso pode acontecer de não ser mais exigível.

OBS: o art. 208 do CC/1916 tratava da nulidade relativa, sanável no prazo de 2 anos, mas só por autoridade incompetente. Aquela nulidade era uma coisa de louco, pois o ato era nulo e convalescia, e como sabemos todo ato jurídico nulo não convalésce. Isso pelo NCC será causa de anulabilidade.

Art. 1521

Inciso I: não podem os filhos casar com os pais, os netos casarem com os avós... E não importa se a pessoa foi adotada ou tem vínculo biológico: de qq forma não é possível o casamento. Se é descendente e ascendente o casamento será impossível, não importa o grau.

Inciso II:

OBS: o art. 1595 inclui o companheiro.

Antes, pelo CC/1916 eu até podia me casar com o pai do meu companheiro, com o filho do meu companheiro. Agora, isso é expressamente proibido (art. 1595).

Quem são os afins? São todos os parentes do meu cônjuge: são os filhos do meu marido ou companheiro, os pais do meu marido ou companheiro, os netos, os avós... Todos eles são considerados meus afins.

E para efeito legal, são considerados tb afins os irmãos do meu cônjuge e os irmãos do meu companheiro, só que para efeito de impedimento, pode casar com o cunhado, com a cunhada, pois a lei só impede o casamento entre afins na linha reta (art. 1595, parág. 1º c/c art. 1521, II).

Logo, eu não posso me casar com o pai do meu cônjuge ou companheiro, com o filho do meu cônjuge ou companheiro, mm que o vínculo se desfça (isso continua o mm). Se eu passo a viver junto com o meu sogro (pai do meu cônjuge), isso não é união estável, é concubinato (art. 1727: concubinato é a união entre um homem e uma mulher impedidos de casar).

No art. 1521, II fazer remissão ao art. 1595.

Inciso III: Ex: se eu adoto uma menina, a lei proíbe que essa menina venha a se casar com quem é ou foi meu marido, ainda que eu morra e ele fique viúvo. Isso ficou igual ao CC/1916.

OBS: este inciso não faz restrição ao companheiro, logo, em tese, poderia essa menina se casar com o meu companheiro. A Cláudia diz que isso é um absurdo.

Inciso IV:

Irmãos unilaterais: irmão só por parte de pai ou só por parte de mãe;

Irmão bilateral ou germano:: irmão por parte de pai e de mãe.

Antes havia o Dec.-Lei 3200 que admitia o casamento do tio com a sobrinha, da tia com o sobrinho. Para isso bastava que eles apresentassem um exame de sangue que demonstrasse a compatibilidade, ou seja, que a probabilidade de eles terem filhos com defeito era a mm de pessoas pertencentes a famílias distintas.

Agora, a lei proíbe o casamento com o tio ou com a tia.

Discute-se, agora, um novo decreto, uma regulamentação que venha a permitir, novamente, esse casamento, mas por enquanto é nulo o casamento.

Inciso V:

Antes a lei proibia o casamento do adotado com o filho superveniente do adotante. (é o caso em que eu adotava uma criança e depois eu tinha um filho biológico. Estes não poderiam se casar). Agora, o legislador não faz distinção: tanto pode ser um filho biológico anterior como posterior à adoção. Em qq caso, não poderá haver o casamento.

Se for menor de 18 anos, a adoção continua pelo ECA. Se for maior de 18 anos, a adoção será pelo CC. No entanto, agora só há a adoção judicial não existe mais a adoção extrajudicial por escritura pública (agora, a adoção do NCC está igual a adoção do ECA).

Inciso VI:

Lembrar: pessoa casada pode viver em união estável. NÃO HÁ MAIS DIVERGÊNCIA.

Fazer remissão, no art. 1521, VI ao art 1723, parág. 1º.

Fazer remissão, no art. 1521, VI ao art 1571, parág. 1º.

No art. 1571, parág. 1º, se a pessoa era casada e não desfez o casamento e casou de novo é bigamia; o segundo casamento é nulo.

Inciso VII: continua o mm. EX: se alguém comete um crime de tentativa ou homicídio doloso contra o meu marido, eu não posso me casar com essa pessoa, não importa se eu participei desse crime ou não.

Há tb outras hipóteses em que o casamento é nulo, no art. 1548:

Inciso I: esse enfermo mental é aquele que aparenta ser enfermo mental ou quando o sadio sabe que está casamento com um doente mental, mm ele não tendo a aparência de doente mental.

OBS: E se for o caso daquele doente mental que aparenta ser sadio? R: É caso de anulabilidade (art. 1557, IV).

Logo, deve-se ter atenção e verificar se é caso de nulidade ou anulabilidade. O casamento vai ser nulo quando a pessoa tem ciência de que está casando com um alienado, ou porque a pessoa aparenta ou pq ela tem conhecimento. Será anulável quando vc acredita que está casando com uma pessoa sadia e está casando com um alienado (teoria da aparência). Neste caso, de anulabilidade, o legislador dá a opção de continuar casado ou não. Já no caso de nulidade isso não acontece, até pq o outro está de má-fé: vc sabe que está casando com um alienado e está se aproveitando.

Obs: todos os prazos de anulabilidade de ato jurídico, inclusive o casamento, o prazo é decadencial. O prazo conta a partir do casamento e não da descoberta do fato. No caso do casamento o prazo é de 3 anos. Se o prazo terminar, só caberá o divórcio.

No art. 1548, I fazer remissão ao art. 1557, IV.

No art. 1557, IV fazer remissão ao art. 1548, I.

No art. 1557, IV sublinhar a palavra ignorância.

Inciso II: onde fala em infringência de impedimento, fazer remissão ao art. 1521.

Impedimento dirimente relativo (ou particular ou privado)

Tem como sanção a anulabilidade do casamento.

Quando o casamento é anulável, isso deve ser discutido em ação pp de anulabilidade de casamento e essa sentença tem natureza constitutiva (sp que o ato é anulável a sentença é constitutiva). O prazo é decadencial. **O MP tem que obrigatoriamente atuar como custos legis.** É ação de estado.

Como diferenciar se um prazo é de prescrição ou decadência? R: Pela natureza da sentença. Isso é uma tese, que pode ser usada em qq ramo do direito.

Natureza jurídica da sentença	Natureza jurídica do prazo	Natureza jurídica do direito
Condenatória	prescricional	Dir. subjetivo
Constitutiva	Decadencial, em regra *	Dir. potestativo
Declaratória	imprescritível	Subjetivo, em regra (pode ser potestativo)

* Como regra é decadencial. Isso pq nós temos as chamadas constitutivas necessárias: são aquelas que obrigatoriamente temos que ajuizar a ação para o exercício do direito. Ex: divórcio (no divórcio só há prazo mínimo, não existe prazo máximo, não há prazo decadencial ou prescricional. Você vai obter o divórcio, independente da vontade do outro cônjuge, ele vai ter que se sujeitar a isso).

A sentença condenatória visa um dar, fazer ou não fazer.

A sentença constitutiva cria, extingue ou modifica uma relação jurídica. Ela cria um estado de sujeição por parte do sujeito passivo.

A sentença declaratória visa uma certeza jurídica. Ex: paternidade.

Art. 1550

No art. 1550 fazer remissão ao art. 1557, 1560 e 207.

No art. 1557, fazer remissão ao art. 1550.

No art. 1560 fazer remissão ao art. 207.

Vejam as hipóteses de anulabilidade do art. 1550:

Inciso I: Há uma mudança quanto a idade mínima para o casamento. Agora, a partir dos 16 anos, qq um vai poder casar, desde que entre 16 e 18 anos esteja autorizado pelo representante legal.

Antes era mulher com 16 anos e homem com 18 anos, agora são os 2 a partir dos 16 anos.

Fazer remissão, aqui no inciso I do art. 1550, ao art. 1517.

Quanto ao art. 1517, há uma mudança. Antes, havia divergência se era necessário ter a autorização de ambos (pai e mãe) ou se bastava a autorização de quem tinha a guarda do menor. Agora, não há mais divergência, pai e mãe terão que autorizar, se estiverem no exercício do poder familiar.

Caso algum deles ou ambos se neguem a dar autorização, cabe suprimento da outorga. Isso continua igual.

A maioria civil é com 18 anos ou com a emancipação.

Há uma exceção aqui, que é o art. 1520, onde apesar deles não terem 16 anos, eles podem casar. É para evitar o cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez. Houve uma pequena mudança aqui. Antes, do jeito que estava redigida a lei, a gravidez ocorria durante o casamento, agora a gravidez pode ocorrer antes do casamento. Antigamente a lei falava: “não se anulará o casamento se resultou gravidez”. Entendia-se que casava (falsificava a documentação e conseguia casar abaixo da idade núbil) e se ocorresse a gravidez, convalidava. Agora, do jeito que está redigido, essa gravidez pode ser anterior ao casamento, ensejando autorização para o casamento. E agora não se exige mais a separação de corpos, antes o juiz podia determinar a separação de corpos.

Um menor com 13 anos, emancipado, pode casar? R: Sim, se ele está emancipado, é plenamente capaz.

EX: ele 18 e ela 13 anos (conjunção carnal, violência presumida, estupro). Para evitar o cumprimento de pena, o juiz pode autorizar o casamento dos 2; ela poderá casar se for emancipada.

Aqui no art. 1520, fazer remissão ao art. 107, CP.

No inciso I do art. 1550 fazer remissão ao art. 1520.

No art. 1517 fazer remissão ao art. 1520.

Inciso II: o inciso fala em representante legal. É representante legal ou pais, no exercício do poder familiar. Se tiver autorização judicial, ela suprirá.

Fazer remissão aqui no inciso II do art. 1550 ao art. 1517 e 1519.

Inciso III: é caso de anulabilidade por erro ou coação. O prazo mudou: agora são 4 anos para coação (é igual para as demais coações previstas na parte geral).

Inciso IV: é aquele que está alcoolizado, drogado (droga permitida ou não, pois as vezes é um remédio que compromete a vontade da pessoa), hipnotizado.

Inciso V: esse inciso deve ser analisado junto com o art. 1542.

O art. 1542 fala em instrumento público. Na verdade, sp foi por instrumento público, só que agora isto está expresso na lei, o que antes não havia.

Nesse mandato deve constar os poderes especiais, o nome da pessoa com quem se vai casar, o dia, a hora, o local e o regime de bens. Isso sp foi assim.

Antes havia uma divergência na doutrina e na jurisprudência, quanto ao parágrafo 1º do art. 1542. Ex: o mandante outorga poderes ao mandatário, numa procuração, para que o mandatário o case com uma outra pessoa e antes do casamento, o mandante revoga esse mandato. Se o mandatário não ficar sabendo da revogação e ocorrer o casamento, caberá ao

outro contraente pleitear perdas e danos, inclusive danos morais. Só que há um detalhe: a lei diz que esse casamento pode ser anulável, portanto, pode convalidar. Isso é muito esquisito, deveria ser inexistência, já que não há mais vontade (no momento em que eu revogo o mandato, este não deveria mais produzir efeitos).

O legislador achou melhor colocar como anulabilidade, pois se sobrevier coabitação, haverá convalidação (inciso V, art. 1550). Foi uma chance que o legislador deu, para aquele que revogou o mandato se arrepender dessa revogação e passar a coabitar com o outro, para esse casamento convalidar pelo decurso do tempo.

Resumo: se não sobrevier coabitação, pede anulabilidade do casamento+ perdas e danos; se sobrevier coabitação, convalida.

Se tiver a revogação do mandato e não tiver a coabitação, convalida do mm jeito? Em princípio sim, pois a anulabilidade dependerá sp do ajuizamento da ação, dentro do prazo. Ai (depois do prazo para a ação de anulabilidade) só restará a separação judicial, por falta de coabitação ou divórcio direto.

Fazer remissão no inciso V do art. 1550 ao art. 1542.

No art. 1542, fazer remissão ao inciso V do art. 1550.

Continuando a análise do art. 1542:

§ 2º: casamento nuncupativo é aquele em que um dos nubentes está no extremo da vida. A lei admite o casamento desde que o representado seja o sadio. Aquele que está para morrer não pode ser representado. Isso é novidade.

§ 3º: tem até 90 dias para casar com aquela procuração.

§ 4º: o instrumento público só pode ser revogado por outro instrumento público. Isso sp foi assim.

Inciso VI:

Antes quando o casamento era celebrado por autoridade incompetente era causa de nulidade relativa e o prazo era de 2 anos; o MP podia inclusive, ingressar com a ação. Agora, é caso de anulabilidade. Essa era a única hipótese de nulidade relativa (antes, a doutrina fazia um contorcionismo para explicar a nulidade relativa, dizendo que quando é nulo nunca convalida, mas essa era uma exceção). Agora, isso não é + necessário, pois a lei diz que é anulável.

Devemos ter atenção para diferenciar os casos em que será anulável dos casos em que será inexistente. Ex: o prefeito da cidade (ou delegado, ou defensor ou governador...) celebra um casamento. Ele é uma autoridade incompetente para celebrar o casamento, ele é e sempre vai ser incompetente para tal. Esse casamento é inexistente. É diferente do caso do juiz criminal, o qual não tem competência para celebrar casamentos, mas se o tribunal quiser pode conceder essa competência para ele. Se ele como juiz criminal celebra um casamento esse casamento é anulável, passado o prazo convalida.

No caso do prefeito, defensor, delegado, etc são autoridades que nunca em razão da função terão competência, por isso essa competência é em razão da matéria.

O NCC contempla expressamente a teoria da inexistência? R: Não. Percebe-se esses casos de inexistência, mas não tem nenhum artigo expresso sobre isso (é inexistente...). Fica só no campo doutrinário.

O art. 1551 está + ou – repetindo o que foi visto no art. 1520. Mais ou menos, pois o art. 1520 é mais abrangente (a gravidez pode ser antes ou depois do casamento). O art. 1551 trata da gravidez superveniente ao casamento, tão somente.

No art. 1520 fazer remissão ao art. 1551 e vice versa.

Art. 1552: trata da legitimação para requerer a anulação do casamento.

Art. 1557: novidade no caso do doente mental.

No art. 1557 fazer remissão ao art. 1560, III e ao art. 207.

OBS: Quando é que eu vou pedir a anulabilidade do casamento por erro ou uma separação litigiosa por culpa? R: O que vai diferenciar é o momento em que ocorre o fato. Se este acontece antes do casamento e a descoberta é durante o casamento, será anulabilidade por erro, desde que seja uma das hipóteses previstas na lei. Se o fato ocorre durante o casamento é uma conduta desonrosa ou uma violação de dever conjugal: neste caso, será separação litigiosa.

Ponto em comum nas 2 ações: tornar insuportável a vida em comum.

Na ação de anulabilidade, como visto, o prazo é decadencial. Na ação de divórcio não há prazo decadencial.

Voltando ao art. 1557:

Inciso I:

- “diz respeito a identidade”: penso que estou casando com Jose e estou casando com João; penso que estou casando com um médico e estou casando com um charlatão;

- “má honra ou má fama”: descobro que me casei com uma pessoa que um dia foi alcoólatra ou viciado em drogas, que um dia participou de seitas macabras, etc.

Isso deve ser sempre analisado de acordo com o nível sócio-econômico, cultural e religioso dos envolvidos. A legitimidade ativa será só do enganado.

Inciso II: mudança.

Antes o legislador mencionava crime inafiançável. Agora, pode ser tanto crime afiançável quanto inafiançável.

Antes precisava da sentença condenatória transitada em julgado, agora isso não é mais exigido para se pedir a anulabilidade. No entanto, o acusado poderá contra-argumentar, alegando a presunção de inocência.

Inciso III:

- defeito físico irremediável é só aquele que impede a conjunção carnal. Nos homens, qq má formação dos órgãos genitais que impeça a conjunção carnal e a impotência coeundi. Nas mulheres, coitofobia e má formação dos órgãos genitais, impedindo a conjunção carnal.

Esterelidade ou infertilidade não é considerada como causa de anulabilidade (entendimento majoritário). Nos homens é chamado de impotência generandi e nas mulheres de impotência concipiendi.

Frigidez não é causa de anulabilidade.

E se o sonho da mulher é ser mãe e o marido esconde que é estéril e casa ocultando esse fato? R: Para a maioria não será causa de anulabilidade.

- moléstia grave: deve ser de cura improvável. Se for de cura provável não pode pedir a anulabilidade.

Inciso IV:

A pessoa casa ignorando o fato que o outro era doente mental. O fato era anterior ao casamento, a pessoa casa ignorando esse fato e descobre durante o casamento.

Outra hipótese de anulabilidade é o art. 1558.

No art. 1558 fazer remissão ao art. 1550, III e art. 207.

OBS: o casamento se considera celebrado quando a autoridade celebrante os declara casados e não no ato do sim. Isso era divergente: uns entendiam que o casamento era válido, pois houve manifestação de vontade dos 2; outros entendiam que o casamento era inexistente, pois não chegou a se completar o ato jurídico. Hoje não é mais divergente, face ao art. 1514.

Logo, se os nubentes dizem ambos sim, mas antes da autoridade celebrante os declarar casados um deles morre de infarto fulminante, não terá havido casamento.

OBS: casamento religioso não se confunde com o casamento civil. As pessoas podem se casar só no religioso e não apresentar nenhuma habilitação para o casamento, caso em que não serão casados no civil. **Casamento só no religioso é união estável.**

Casamento putativo: é quando o casamento é nulo ou anulável e 1 ou ambos os cônjuges estão de boa-fé. A boa-fé é sp presumida; a má-fé é que deve ser comprovada.

Para saber se o casamento é nulo ou anulável devemos nos reportar aos artigos 1521 ou 1550.

Efeitos do casamento putativo para o cônjuge de boa-fé:

- 1) Permanece plenamente capaz, mm que a sentença de invalidade transite em julgado antes dos 18 anos;
- 2) O cônjuge de má-fé pagará alimentos provisionais para o cônjuge de boa-fé;
- 3) Se ambos estiverem de boa-fé, tb há o pagamento de alimentos provisionais;
- 4) São consideradas válidas e eficazes, para o cônjuge de boa-fé, as doações feitas em razão do casamento;

5) O cônjuge de boa-fé não dividirá seus bens anteriores ao casamento com o cônjuge de má-fé, ainda que casados pelo regime da comunhão universal.

Efeitos do casamento putativo para o cônjuge de má-fé:

1) São consideradas válidas, porém ineficazes as doações feitas em razão do casamento Ou seja, tem que devolver o que foi doado;

2) Se o regime for da comunhão universal, o cônjuge de má-fé dividirá seus bens anteriores ao casamento com o de boa-fé, como se o casamento fosse válido;

4) O de má-fé pagará alimentos provisionais ao de boa-fé.

Divergência quanto a emancipação: a divergência é quando a sentença transita em julgado antes dos 18 anos, pois se transitar depois dos 18 anos, o indivíduo já será plenamente capaz mm, em razão da idade.

1ª corrente: Majoritária: permanece plenamente capaz.

Fundamentos: estabilidade das relações jurídicas; proteção ao 3º de boa-fé que contraiu relações jurídicas com o cônjuge de má-fé;

2ª corrente) volta ao status de relativamente incapaz.

Fundamentos: art. 1561. OBS: devemos cortar desse artigo a palavra “filhos”, pois estes terão sempre seus direitos assegurados, e não somente até o dia da sentença anulatória. A professora diz que isso é um absurdo, que é inconstitucional. Fazer remissão ao art. 227, CF.

OBS: indenização por dano moral: é cabível. O Leoni entende tb que cabe indenização por dano moral, em caso de separação litigiosa, de anulação, etc. Essas ações (separação litigiosa, de anulação) correm na Vara de família, só que as indenizações por dano moral correrão no cível, não pode cumular. O juiz da vara de família não tem competência para dirimir questões relativas a indenização por dano moral, ainda que entre consortes.

No art. 1561, parág. 1º devemos cortar tb a palavra “filhos”. É por isso que a 2ª corrente diz que ele volta ao status de relativamente incapaz, pois diz que só se aproveitam os efeitos civis do casamento para quem estava de boa-fé e não para quem tava de má-fé.

No art. 1561 fazer remissão ao art. 1564 e vice versa.

Causas suspensivas

A sanção é a imposição do regime da separação legal obrigatória de bens. Logo, neste caso, o casamento é válido, a sanção é só quanto ao regime, que não se pode escolher.

Art. 1523

No art. 1523 fazer remissão ao art. 1641, pois o art. 1641 impõe o regime da separação legal.

No inciso I do art. 1641, fazer remissão ao art. 1523.

Inciso I: continua igual. Se um deles inuiuvasse e não fizesse a partilha dos bens do casamento anterior, este só poderia casar pela separação legal. É uma forma de proteger os herdeiros e evitar confusão de patrimônios. Isso já existia pelo CC/1916 e agora, pelo NCC, tem-se mais um motivo para se aplicar essa regra, uma vez que pelo NCC, cônjuge sucede junto com descendente, dependendo do regime.

Inciso II: está igual tb.

Inciso III: novidade.

Antes, se o divórcio era direto, podia partilhar depois. Já no indireto, primeiro partilhava para depois fazer o divórcio. Era obrigatória a prévia partilha dos bens no divórcio por conversão. Agora, não se exige a prévia partilha, seja no divórcio direto ou indireto (art. 1581: fala em divórcio, logo, abrange os 2 tipos).

Aqui no inciso III, fazer remissão ao art. 1581, para lembrar que é qq espécie de divórcio.

Inciso IV: continua o mm.

Parágrafo único: novidade. A lei está dizendo que pode ser dispensada a causa suspensiva.

O juiz tratado neste p. único é o juiz do registro civil de pessoas naturais.

Como exemplo deste p. único podemos citar o caso em que os nubentes vão se casar pelo regime da separação total de bens, logo, não tem como eles causarem prejuízo para ninguém, logo o juiz pode dispensar a causa suspensiva.

No caso da viúva, antes, mm que ela provasse por meio de exames que não estava grávida, havia impedimento proibitivo para o casamento. Agora, desde que ela faça a prova, não haverá mais impedimento e ela poderá se casar antes do prazo de 10 meses da dissolução da sociedade conjugal.

EFICÁCIA DO CASAMENTO

A violação dos deveres do casamento (art. 1566) constituem causa de pedir da separação litigiosa por culpa.

Fazer remissão no art. 1566 ao art. 1572, caput (que trata da separação litigiosa por culpa).

Art. 1566 –deveres do casamento

Inciso I: a uma gradação da infidelidade no direito.

Espécies de infidelidade:

1ª) Adultério: quando 1 dos cônjuges mantém conjunção carnal com 3º;

2ª) Quase adultério ou injúria grave: qq relacionamento amoroso (homo ou hetero) extra-conjugal. Pode ser um beijo, uma paquera, namoro via internet (para uns o namoro via

internet é conduta desonrosa, para outros é injúria grave. No fundo dá no mm, pois a ação é a mm, só muda a classificação);

3ª) Adultério casto ou puro: é a inseminação artificial heteróloga, não autorizada pelo consorte (é aquela feita com material genético de terceiro).

Se o marido autoriza a inseminação heteróloga, ele é presumidamente o pai (art. 1597). Esse já era o posicionamento majoritário (Leoni, caio Mário), agora está na lei.

Inciso II: deve morar na mm casa e manter relação sexual.

Inciso III: mútua assistência material (alimentos) e moral (apoio, carinho).

Inciso IV: sustento e guarda e educação dos filhos.

Inciso V: novidade.

O legislador incluiu expressamente o respeito e consideração mútuos, que na verdade, sempre estiveram imbutidos na mútua assistência e na fidelidade.

OBS: Pode-se ter a má honra e má fama daquele cônjuge anterior ao casamento, para ensejar uma anulabilidade por erro (seria caso de conduta desonrosa). Ex: a prostituição é má honra. Se ela for anterior ao casamento, enseja anulabilidade por erro. Se ocorre durante o casamento é violação de dever conjugal, dever de fidelidade, conduta desonrosa.

Sempre que não tiver como enquadrar como uma das causas de violação de dever conjugal (as quais vem especificadas na lei uma por uma) deve-se jogar para conduta desonrosa.

Rio, 29/01/03.

Dúvidas da aula anterior:

1) Imaginemos que o casal se casou e nada se falou a respeito das causas suspensivas. Esse casal fez um pacto da comunhão universal de bem, ou mm sem pacto, com comunhão parcial. Qual será o regime? R: o entendimento que sempre predominou é o de que como a lei determina o regime, mm que eles façam pacto ou mm que casem pela comunhão parcial, o regime não prevalece, ou seja, o que vai prevalecer é o regime da separação legal obrigatória, pois está dispondo contrariamente a lei, sempre que se dispõe de forma contrária a lei, nessa parte de regime de matrimônio, quando a lei impõe, prevalece o da separação legal. Eles são considerados como se sp tivessem se casado pelo regime da separação legal.

2) Art. 1521, I: fala do parentesco civil. Agora, o parentesco civil é adoção, que tanto pode ser pelo ECA, como adoção pelo CC. A adoção, pelo NCC, tb é judicial, igual a do ECA. O parentesco natural é o biológico, aquele que não é biológico é o civil.

O entendimento do STJ (em enunciados) é que quando se fala em tio e sobrinha e tia e sobrinho, que eles poderão se casar, que aquele Decreto falado na aula passada deve ser adotado. Isso, entretanto, é uma orientação do STJ, não é o que está na lei (onde o casamento é nulo).

O professor Silvio Venosa fundamenta que esse Decreto ainda está em vigor, utilizando como base o art. 2º, parágrafo 2º da LICC.

A matéria é divergente.

3) O CC1916 falava que o casamento era anulável quando não tivesse autorização do tutor ou curador, o NCC não fala expressamente isso. Poderia se enquadrar no art. 1550, IV? Sim, pode. O art. 1518 fala que tem que haver autorização e se não tiver autorização, o menor será incapaz de consentir.

4) O temor reverencial é causa de anulação do casamento por coação? R: Não. O temor que está no art. 1548 é temor de mau e não temor reverencial. Continua o mm, o temor reverencial não causa anulabilidade.

SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO

Quanto a separação, nós continuamos tendo separação consensual e litigiosa.

Separação consensual

Quanto a separação consensual houve uma mudança no prazo. Antes, as pessoas precisavam estar mais de 2 anos casadas para poder requerer a separação consensual, agora o prazo é de 1 ano.

OBS: os alimentos são agora irrenunciáveis, seja entre parentes, cônjuges ou companheiros.

A separação consensual veio regulada no art. 1574.

São cláusulas que obrigatoriamente devem conter numa separação consensual (isso não mudou):

1) Quanto aos filhos:

- quem fica com a guarda,
- os alimentos pagos por aquele que não fica com a guarda,
- o regime de visitação;

2) Quanto aos cônjuges:

- uso do nome do cônjuge (não é mais tão somente o uso do nome do marido pela mulher, pois agora a marido tb pode usar o sobrenome da mulher). Pode permanecer com o nome de casados ou voltar a usar o nome de solteiro.
- Quanto aos alimentos, como visto, esses agora são irrenunciáveis pelos cônjuges (ou se exerce ou desiste). Se numa separação, se coloca que um

cônjuge renuncia aos alimentos, essa cláusula será considerada como não escrita e considera-se que houve desistência.

- 3) Arrolamento dos bens do casal (não é necessária a partilha). É só dizer quais são os bens.

Separação litigiosa

1) Separação sanção: é a separação por culpa de um dos cônjuges. Pode ocorrer a qq momento.

As causas de pedir continuam as mesmas, ou seja, violação de dever conjugal ou conduta desonrosa.

Uma mudança importante é a que diz respeito ao nome do cônjuge: art. 1578. Esse artigo diz que o cônjuge inocente deve requerer expressamente que o cônjuge culpado não use o seu sobrenome. Antes, quando o cônjuge era culpado, a perda do sobrenome era automática, não precisava pedir. Logo, agora nas iniciais de separação litigiosa por culpa, o cônjuge inocente tem que requerer expressamente a perda do sobrenome por parte do outro cônjuge.

Outra novidade quanto ao nome: o cônjuge culpado pode permanecer com o nome de casado, desde que enquadrado nas exceções do art. 1578. Pelo CC 1916, o cônjuge culpado sempre perdia o nome do outro.

Se observarmos, essas exceções que estão no art. 1578 eram previstas no art. 25, p. único, L. 6515, ou seja, apenas em sede de divórcio. Era o caso em que o cônjuge permanecia com o nome de casado e no divórcio tinha que perder o nome e admitia-se a permanência somente nesses casos. Agora, pelo NCC, esta discussão que antes era feita no divórcio, passou a ser em sede de separação litigiosa. No divórcio, não vai mais se discutir isso, pois isso já foi discutido na separação.

Pelo NCC, no divórcio só pode se discutir prazo (antigamente, tb se discutia descumprimento de cláusula, ausência de prévia partilha de bens).

No divórcio direto não se pode discutir culpa e a lei não exige mais o retorno ao nome de solteiro, logo, poderá, mm divorciado, permanecer com o nome de casado. Essa discussão (quanto ao nome) tem que ser na separação litigiosa.

2) Separação falência (sem culpa) – art. 1572, parágrafo 1º

Antes a lei exigia mais de 1 ano consecutivo. Agora não há mais a exigência de ser consecutivo.

Yussef Said Cahali, mm na vigência do CC 1916, já entendia que uma simples recaída não era considerada causa de interrupção. Antes se o casal tivesse uma recaída o prazo era interrompido e começava a contar de novo. Isso é até bom, pois incentiva o casal a tentar se conciliar.

4) Separação remédio – art. 1572, parágrafo 2º

O prazo mudou: de + de 5 passou para + 2 anos.

Cuidado: se a doença mental grave surge durante o casamento é hipótese de separação litigiosa; não pode ser consensual, pois a pessoa doente mental não pode fazer acordo. Agora, se a doença ocorre antes do casamento, será hipótese de nulidade (a pessoa sabe que está casando com um alienado) ou anulabilidade (a pessoa desconhece que está casando com um alienado).

No art. 1572, parágrafo 2º devemos sublinhar a palavra “após”.

No art. 1557, IV devemos sublinhar “ignorância anterior”.

No art. 1548, I a lei não mencionou se a doença é anterior ou posterior, mas como é caso de nulidade, e sempre problema anterior, logo, devemos apenas sublinhar a palavra “discernimento”.

No art. 1572, parágrafo 2º fazer remissão ao art. 1557, IV e ao art. 1548, I.

Art. 1573: esse rol é meramente exemplificativo. Antes, não tínhamos esse artigo na legislação, mas essas hipóteses sempre foram enquadradas como violação de dever conjugal ou conduta desonrosa. O legislador só fez abrir o leque, logo, não há novidade alguma.

Cuidado: os códigos novos (NCC) que fazem referência ao CC/1916, as vezes falam que determinado artigo não tem correspondente no CC 1916, mas pode ter numa lei esparsa (no ECA, na L. 8560, Lei de separação e divórcio). Logo, nem tudo que diz que não tem dispositivo correspondente é novidade.

Art. 1575: sempre existiu. Estava previsto no art. 7º da L. 6515. A separação de corpos pode ser pedida como medida cautelar. Pelo NCC, a partilha tanto não é exigível antes do divórcio, que é causa suspensiva a pessoa casar novamente, já divorciada, sem ter dado partilha aos bens. Por isso que é possível depois do divórcio partilhar.

DIVÓRCIO

- Indireto (ou por conversão)

Antes, no divórcio por conversão, se fosse litigioso esse divórcio, poder-se-ia opor como defesa:

- a ausência de prévia partilha,
- descumprimento de cláusula da separação e
- ausência do decurso do prazo.

Agora, a única defesa possível é a ausência do decurso do prazo, pois é o único requisito que a CF exige. Agora, portanto, o divórcio é realmente divórcio remédio, não há + qq implicação além do decurso do prazo.

Agora, portanto, tanto para o divórcio por conversão, quanto para o direto, só há uma tese defensiva, o não decurso do prazo previsto pela CF.

OBS: a Lei do divórcio foi parcialmente revogada. Na parte procedimental continua o mm.

- Direto

Mais de 2 anos de separado de fato, corridos, sem recaída.

Antes, de acordo com a Súmula, 197, STJ o divórcio direto não poderia ser concedido sem a prévia partilha de bens. Agora, pelo art. 1581, tanto o divórcio direto como o indireto podem ser concedidos sem a prévia partilha de bens.

No divórcio direto, então, não tem como o cônjuge tirar o nome do outro (já que agora essa questão do nome é vista em sede de separação)? R: Se o conjuge que adotou o nome do outro quiser, ele pode tirar o nome do outro. Isso (o nome) não pode ser discutido no divórcio. A professora diz que nada impede que se dê o entendimento de que o art. 25, L. 6515 pode permanecer. Isso ainda não está estabelecido.

ALIMENTOS

Tivemos 5 modificações:

- 1) O prazo prescricional de 5 anos foi reduzido para 2 anos (é o prazo da pretensão executória, não é para ajuizar a ação) – art. 206, parág. 2º;
- 2) Os alimentos passam a ser transmissíveis em razão da morte do devedor (só em razão da morte do devedor, jamais por ato inter vivos);
- 3) Os alimentos são irrenunciáveis para os parentes (sempre foi), cônjuge ou companheiro – art. 1707;
- 4) O culpado pode ser credor de alimentos, porém apenas dos alimentos necessários;
- 5) O comportamento indigno do credor exonera o devedor (parág. Único do art. 1708).

Analisemos agora cada modificação:

1) Para a pessoa pleitear alimentos (ação de conhecimento), tanto pelo CC1916 quanto pelo NCC, o prazo é imprescritível. A qq momento pode-se ajuizar a ação de conhecimento.

A mudança é quanto a pretensão executória: o prazo que era de 5 anos foi reduzido para 2 anos.

Como fica o caso em que o prazo prescricional se iniciou na vigência do CC1916 e, agora, com a redução do prazo prescricional, teria já ocorrido a prescrição? Vamos supor que quando o NCC entrou em vigor a pessoa já estava com 1 ano e meio de prazo decorrido, como fica essa situação? R: Devemos aplicar o art. 2028, NCC.

2) Antes de tudo, vamos analisar a diferença entre alimentos necessários e alimentos civis.

- Alimentos civis ou cômmodos: é tudo que uma pessoa necessita para se manter (alimentação, vestuário, moradia, transporte, assistência médica + educação e lazer, ou seja é o indispensável + educação e lazer)

- Alimentos necessários: só o necessário para a subsistência, ou seja, não estão incluídos a educação e lazer.

O art. 1694 traz bem essa diferença entre alimentos civis e necessários. O caput do art. 1694 refere-se aos alimentos civis e o pará. 1º fala dos alimentos necessários (você só vai pagar o necessário se aquela pessoa que estiver pleiteando for o culpado por aquela situação de necessidade).

O NCC, no art. 1700, quando este fala da transmissão, ele diz que a mm se dará na forma do art. 1694, ou seja, vai ter que discutir se quem pagava os alimentos era inocente ou culpado. O legislador não adotou aquele entendimento anterior de que só as prestações vencidas e não pagas até a morte do devedor, seriam transmissíveis (nos limites da força da herança), pois se assim fosse não teria cabimento se verificar (como o NCC reza) se houve culpa ou não do devedor de alimentos, o valor já estaria estabelecido quando ele morreu. Se o art. 1700 não remetesse ao art. 1694, poderíamos continuar a adotar esse entendimento das parcelas vencidas e não pagas até a data da morte. Esse artigo 1700 tem sido muito criticado. A professora diz que não é possível que esse art. 1700 vingue. É uma transferência da própria dívida (dentro das forças da herança), a pp obrigação é transmitida.

Logo, se o devedor de alimentos falece deixando herdeiros, esses herdeiros vão pagar alimentos para aquele que era credor desses alimentos (sp no limite da herança), na forma do art. 1694. Ou seja, se o credor de alimentos era inocente, os herdeiros pagarão a ele alimentos civis, se o credor foi responsável por aquela situação, vai se pagar alimentos necessários. Por isso, que se tem entendido que se transmite a pp dívida e não só as parcelas vencida e não pagas, como qq outra dívida do falecido.

Vejamos o absurdo que será a adoção desse artigo 1700. Ex: homem divorciado paga alimentos para sua ex-mulher e para o filho de ambos. Esse homem vem a se casar novamente e depois falece. Como agora, o cônjuge tb é herdeiro, serão herdeiros o filho do 1º casamento e a atual mulher. Logo, o filho e a atual a mulher teriam que pagar alimentos para a ex-mulher do falecido (apesar de que o filho tb era credor de alimentos, ele não receberá alimentos, pois ele tb é herdeiro). Ou seja, a atual mulher e o filho terão que pagar alimentos para a ex-mulher, com os bens do espólio, sp nos limites da herança.

Como será feito isso na prática? R: pode-se pedir a reserva dos bens do espólio, ou pedir que se deixe bens em usufruto na forma de alimentos ou até converter o valor daquilo que seria pago como alimentos em troca de um bem (faz-se uma estimativa).

3) Antes, entendia-se de forma majoritária que alimentos entre cônjuges e parentes podiam ser renunciados. Se não tivesse renunciado, tivesse apenas desistido, depois do divórcio tb não se poderia pleitear os alimentos.

Agora, não podem nem o cônjuge, nem o companheiro, nem os parentes (esses sempre não puderam renunciar) renunciar aos alimentos.

Apesar do art. 1707 não falar em cônjuge, companheiro ou parente, ele fala em “credor” de alimentos e o art. 1694 fala em cônjuge, companheiro ou parente. Agora, temos uma única regulamentação para todos eles (NCC): antes nós tínhamos o CC 1916 para os parentes, a L. 6515 para o cônjuge e a L. 9278 para o companheiro.

Desta forma, mm 10 anos depois de divorciados, um ex-cônjuge poderá pedir alimentos ao outro.

OBS: quem já renunciou, pelo CC/1916, entende-se que é ato perfeito. Não se pode + mexer. Quem desistiu pelo CC1916 pode pedir.

Logo, no artigo 1707 fazer remissão ao art. 1694.

O Leoni critica isso, mas como está na lei, não tem jeito.

4) Antes, o culpado jamais era credor de alimentos. Agora, o culpado pode ser credor. Temos 2 artigos tratando disso: art. 1694, parág. 2º e art. 1704, parág. Único.

O parágrafo 2º do art. 1694, como todo parágrafo está ligado ao caput e o caput do art. 1694 fala em parente, cônjuge e companheiro, por isso temos o caso do parente ser culpado por sua situação de miserabilidade. É o caso do pai já de idade que resolve vender tudo e torrar a grana. Tempos depois que ele gastou tudo, ele resolve pedir alimentos aos descendentes. Estes terão que presta-los, mas somente os alimentos necessários, pois o pai foi o responsável por sua situação de miserabilidade, ele se colocou nessa situação. Antes, só se falava em culpa do cônjuge e companheiro.

Seria caso de interdição desse pai, que está vendendo imoderadamente? R: Não necessariamente, as vezes a pessoa está muito lúcida, muito consciente. O pai não necessariamente será pródigo por estar vendendo tudo. O pródigo é aquele que não tem noção de dinheiro, esse pai tem noção.

Supondo-se que seja um casal e o marido torre os bens todos, sendo que a mulher não teve culpa alguma. Nesse caso, o pai só poderá pleitear os alimentos necessários, mas a mãe poderá pleitear os alimentos civis.

Prova oral do Leoni: Quais são os parentes que tem obrigação alimentar? R: Descendentes, ascendentes e colaterais de 2º grau (irmãos). Sobrinho, tio, primo ninguém tem obrigação alimentar. (Art. 1697).

Art. 1704, p único: trata dos alimentos necessários.

Quais os requisitos para que o cônjuge culpado, com base aqui nesse art. 1704, possa pleitear alimentos? R: Não ter nenhum parente que possa prestar os alimentos e não pode ter aptidão para o trabalho.

OBS: o art. 1694, parág. 2º não fala sobre esses 2 requisitos, mas nada impede que o cônjuge acionado venha a sustentar que o outro cônjuge possui parentes que poderia prestar esses alimentos.

OBS 2: embora o art. 1704 fale só em cônjuge, tal norma se estende tb aos companheiros.

Não ter aptidão para o trabalho é a pessoa que não pode trabalhar, que não tem capacidade laborativa, pois tem um problema físico ou mental que o impede. Não importa que ele fique impedido para exercer sua profissão habitual, se ele puder realizar qq tipo de trabalho, era não será impedido para o trabalho.

OBS: Pessoa que se separou antes do NCC e foi culpada pela separação, pode agora pedir alimentos ao cônjuge que foi considerado inocente? R: Ainda não há nada estabelecido, há posições em dois sentidos: a de que só seria cabível pleitear alimentos ao cônjuge inocente nas separações ocorridas pelo NCC (majoritária) e a que entende que mm nas separações ocorridas pelo CC 1916, o cônjuge culpado poderia pleitear, agora, alimentos.

OBS: o art. 1704, par. 2º é mais específico, liga-se ao cônjuge e ao companheiro (para aqueles que fazem a extensão), já o par. 2º do art. 1694 é genérico (parente, cônjuge e companheiro), mas acaba por se aplicar mais ao parente, pois para o cônjuge e o companheiro, como visto, aplica-se o art. 1704. par. 2º.

Mudança: comportamento indigno. Art. 1708, p. único.

Esse comportamento é só o do credor que tem um comportamento indigno em relação ao devedor.

O legislador não disse o que é comportamento indigno, ficou uma questão subjetiva, cabendo ao juiz apurar se determinado comportamento é indigno ou não. De qq forma, pode ter como base a indignidade do direito sucessório (ex: uma lesão corporal dolosa que o credor pratica no devedor, uma calúnia em juízo, agredir o atual consorte do devedor, etc).

Se o devedor casar novamente, ele continua devedor, mas se o credor casar ou passar a viver em união estável ele perde o direito a alimentos. Isso não mudou, sempre foi assim.

Art. 1698 – Alimentos suplementares (tb chamados de obrigação sucessiva)

Se os pais pagam alimentos, mas estes são insuficientes, pode-se pedir para os avós. Se não tiver avós, mas tiver bisavós, pode pedir para os bisavós.

Sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos.

OBS: **em matéria de alimentos não há solidariedade, nem ativa nem passiva.** Ou seja, os devedores não podem pagar tudo para um credor só, nem o credor pode exigir tudo de um único devedor (ou seja, do pai deve-se exigir o valor que cabe a ele pagar, da avó o valor que cabe

a ela pagar, do avô o valor que cabe a ele pagar...). Não pode um só ser responsabilizado pela dívida de todos eles.

E se a ação for ajuizada em face de 1 só, sendo que este tem possibilidade de pagar? R: Ele só terá que pagar a parte que cabe a ele, ele não pode ser obrigado a pagar a parte dos demais, mas se ele quiser ele pode pagar, será mero ato de liberalidade.

O certo tecnicamente é ingressar com a ação de conhecimento em face dos parentes mais próximos (no caso, aqui, os pais). Se o valor da condenação não for suficiente, aí deve-se ingressar com uma outra ação pedindo os alimentos suplementares em face dos avós (o nome iuris da ação é ação de alimentos suplementares) e nessa inicial deve-se juntar a condenação da 1ª ação. Isso para que o juiz possa valorar quanto os avós terão que pagar (ele verifica qual a necessidade e diminui desse montante o valor já pago pelos pais).

E se o filho já souber que o pai não tem qq condição de prestar alimentos, não poderia ajuizar já em face dos avós? R: Isso ocorre na prática, as vezes o filho já ajuíza em face dos pais e dos avós tb, coloca todo mundo junto, mas não é tecnicamente correto. No concurso, deve-se responder o que é técnico, ou seja, primeiro aciona os parentes mais próximos, depois de condenados, pede-se os suplementares.

Logo, se o filho precisa de 1000 reais e o pai só tem condições de prestar 200, o filho deve na inicial informar que precisa de 1000, mas como o pai só tem condições de prestar 200, o filho pede a condenação em 200 e já diz que posteriormente vai pleitear alimentos suplementares.

No que tange a maioridade, que passou para os 18 anos, em relação aos alimentos, o TJ-RJ continua entendendo que são devidos alimentos até os 24 anos se o credor estiver fazendo faculdade, pois aqui se presume a necessidade (não inclui pós, MBA, etc).

E se o filho tem 26 anos e está estudando para concurso? R: Aí ele deverá provar a necessidade. A presunção de necessidade deixa de existir.

Sempre prevaleceu o entendimento de que se deveria ingressar com a ação em face dos 4 avós, se existentes. No entanto, o NCC, art. 1698, permite que a pessoa ingresse só em face de 1, tanto que esse art. fala "intentada ação contra uma delas, poderão (e não deverão) as demais ser chamadas a integrar a lide". Logo, não há obrigatoriedade para que todos os avós sejam chamados para integrar a lide, para serem réus. O credor pode escolher um só avó, e esse vai pagar apenas dentro de uma proporção e somente aquilo que ele puder pagar. Pode ser até alimentos provisórios, qq decisão que peça alimentos. As vezes, o credor não tem interesse de entrar contra todos os avós. É o caso em que o credor vive com os avós paternos e estes já prestam os alimentos in natura, então o credor só tem interesse em pedir alimentos em face dos avós maternos.

Não há solidariedade entre devedores de alimentos, pois a solidariedade não se presume, ela deriva de lei ou de contrato. Neste caso de alimentos, não há relação contratual e a lei não impõe solidariedade. EX: os 4 avós são devedores (os 4 tem condições de prestar alimentos), não se pode executar um só avó e cobrar o valor devido pelos 4. Cada avó vai responder por uma parte que não precisa ser obrigatoriamente $\frac{1}{4}$; podem ser valores diversos, um avó pode ser condenado a prestar + que o outro, isso se dá pois cada um é condenado a pagar face as suas possibilidades.

EX: pai com 3 filhos. O pai vai e ajuíza a ação em face de 1 só dos filhos. Esse filho vai e chama os outros 2 irmãos ao processo. Aqui podem ocorrer algumas situações:

- verifica-se que os outros 2 irmãos não possuem condições de prestar nem 1 real, ou seja, eles não serão devedores, eles não tem condições de prestar alimentos. Neste caso, o juiz pode condenar o filho que foi ajuizado a pagar o valor total pedido pelo pai, desde que este filho tenha condições. Não há de se falar aqui em solidariedade, pois os outros 2 irmãos não são devedores, eles são potenciais devedores, mas diante da impossibilidade deles, não podem ser considerados devedores;

- verifica-se que os outros 2 irmãos tem condições de prestar alimentos, mas cada um num valor. Ou seja, o pai pediu na inicial 1000 reais e um dos irmãos pode prestar 100 reais e o outro irmão pode prestar 300 reais. Assim, o filho que foi acionado pode ser condenado a prestar 600 reais, desde que tenha possibilidade. Logo, os valores podem ser diferentes;

- verifica-se que os 3 filhos tem condições de prestar alimentos, então, divide-se 1000 por 3 e eles prestarão alimentos em valores iguais.

Entende-se que os alimentos provisórios são considerados tutela antecipada (o Leoni sp pergunta isso em prova).

Outra questão que o Leoni sp pergunta em prova oral, relacionada aos alimentos e a execução, é a seguinte:

1ª hipótese: provisórios no valor de 10%. A sentença é no valor de 15%.

2ª hipótese: provisórios no valor de 15%. A sentença é no valor de 10%.

Nos 2 casos o devedor está inadimplente. O Leoni, assim como a maioria entendem que prevalece o % da sentença, por força do art. 13, parág. 2º, da lei 5478. Esse parág. 2º diz que em qq caso os alimentos retroagem a data da citação, por isso na hora de executar se executa sempre pelo valor da sentença.

Outro caso: provisórios no valor de 10%. A sentença no valor de 15%. O devedor está cumprindo com as obrigações. Para o Leoni, cabe a execução da diferença de 5 %, pois o valor fixado na sentença retroage a data da citação, é como se desde a citação ele fosse devedor de 15 %. Fundamento: art. 13, parág. 2º, da lei 5478.

Outro caso: provisórios no valor de 15%. A sentença no valor de 10%. O devedor está cumprindo com as obrigações. Leoni entende que não cabe devolução do valor pago a mais, pois os alimentos são irrepetíveis.

Geralmente, o Leoni vai e pergunta em seguida: como explicar o parágrafo 3º do art. 13 da L. 5478? Esse dispositivo determina que o valor dos provisórios serão devidos até a decisão do recurso especial (está escrito extraordinário, mas entende-se como especial). Logo, se esses valores são devidos até o recurso especial, como é que vai prevalecer o valor da sentença? R: O Leoni entende que só vai ser aplicado esse dispositivo (parágrafo 3º do art. 13 da L. 5478) se o pedido for julgado improcedente, logo, somente nesse caso os provisórios permanecerão até o recurso especial.

Quanto aos alimentos, a parte processual não mudou. Continuam as mms questões: faz coisa julgada material.

Só se pode pedir prisão quanto aos últimos 3 meses de dívida. Ex: está devendo alimentos a 1 ano. Quanto aos últimos 3 meses, execução com pedido de prisão. Numa outra inicial diferente, vai se pedir a execução com pedido de penhora quanto ao período mais afastado. Os pedidos não podem vir cumulados na mm inicial, nem pedir em pedidos alternativos, tem que ser iniciais distintas, pois são execuções com processamentos diferentes.

FILIAÇÃO

Novidade: art. 1597, incisos III, IV e V (os incisos I e II sp existiram).

Inciso III:

- inseminação artificial homóloga: material genético do pp casal;
- inseminação artificial heteróloga: material genético de um 3º.

Se um marido congelou o seu sêmen, esse material poderá ser usado pela esposa, mm após a morte do marido, desde que este tenha autorizado a inseminação artificial por escrito. O direito de procriar é direito inerente a personalidade. Se o marido, por exemplo, antes de morrer, deixa seu sêmen para fins de pesquisa, não poderá haver inseminação artificial.

Problema: o filho concebido após a morte do pai, vai ter direito a sucessão legítima? (Obs: a testamentária é óbvio que tem).

1ª corrente: Tem direito a sucessão (Leoni)

Fundamentos:

- todos os filhos são iguais, cf art. 227, CF e qq discriminação é inconstitucional;
- presumidamente, o filho é concebido durante o casamento, cf o caput do art. 1597.

Nesse caso, se já houve partilha dos bens, deve-se anular a partilha e fazer nova partilha (não confundir com sobrepartilha, pois esta é sp feita entre as mms pessoas e nesse caso, o filho que nasceu depois não foi contemplado). Deve o filho entrar com petição de herança (hoje é até 10 anos, antes era 20 anos). É o mm caso do filho que já existia e aparece depois.

2ª corrente: Não sucede (Silvio Venosa, Eduardo Oliveira Leite).

Fundamentos:

- Para ter direito a sucessão, a pessoa tem que ter sido ao menos concebida à época do óbito (art. 1798);
- Os demais herdeiros por terem direito de saisine, têm direito adquirido á herança, ou seja, à propriedade dos bens no % existente ao tempo do óbito.

Logo, para essa corrente, esse art. 1597, caput (presumem-se concebidos...) é só quanto ao efeito da paternidade, pois o marido será considerado pai, mas o filho não terá direito a sucessão.

Esse artigo 1597 poderia ser estendido em relação ao companheiro? R: Não, pois se uma companheira for ao registro civil de pessoas naturais para registrar a criança, ela só vai registrar a criança e reconhecer a maternidade. No entanto, quando a mulher é casada, basta que ela apresente a certidão de casamento para que além de registrar a criança, tenha a paternidade reconhecida. Por isso que negatória de paternidade é só para o marido.

Inciso IV: não há aqui qq problema quanto a parte sucessória, pois o filho já existia a data do óbito.

Sempre quando o casal vai fazer inseminação artificial, fertilização in vitro, alguns embriões sobram, pois o geneticista não implanta todos, por exemplo, ele faz 10 embriões e implanta 3, o resto é congelado. Esses que foram congelados são os embriões excedentários e o marido será considerado o pai desses embriões. Esses embriões já tinham sido concebidos na data do óbito, apesar de não terem nascido. Neste caso, o marido não precisa deixar autorização para que a mulher utilize esse embrião depois de sua morte, pois o embrião pertence a ambos. Só no caso de utilização do embrião por terceiro, o marido e tb a mulher deve autorizar expressamente.

Inciso V: inseminação heteróloga é aquela que é feita com material genético de terceiro. Se o marido autorizar tal inseminação, ele será o pai (não é o pai biológico, mas é o pai jurídico).

Rio, 05/02/03

Dúvidas da aula anterior.

1) No que tange a transmissibilidade dos alimentos, isso ocorre tb em relação a alimentos devidos em virtude de ilícito civil? R: Em princípio a transmissibilidade se daria em relação ao direito de família tão somente, mas há quem entenda que haverá transmissibilidade tb em relação ao ilícito civil, dentro das forças da herança. No caso do ilícito civil, a transmissão não seria por força do art. 1700, mas com base em alimentos de um modo geral (como uma dívida qq pela qual o espólio responde).

AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE

Houve uma mudança em relação a negatória de paternidade: já há muito tempo se entendia que a negatória de paternidade era imprescritível. Agora, a lei vem dizendo expressamente que a negatória de paternidade é imprescritível.

Quando se pode ajuizar a negatória? R: Ela é uma ação exclusiva do marido (homem casado). Isso porque em determinados casos, há uma presunção legal (vista na aula passada) de que os filhos da esposa, são filhos do marido. A esposa, então, diante dessa presunção legal, vai até o registro civil de pessoas naturais e exhibe a certidão de casamento, registrando o filho em nome dela e do marido. Não foi o marido que teve o ato de registrar, foi a esposa que o fez. Ele, então, poderá entrar com a negatória de paternidade. Logo, a negatória de paternidade será ajuizada quando não foi o marido que fez o reconhecimento voluntário, mas sim sua esposa.

Ex: casal separado de fato. A mulher começa a se relacionar com outro homem e engravida. A criança nasce e o pai verdadeiro não quer reconhecer. A mulher, então, registra o filho em nome do marido, pois para todos os efeitos, ela continua casada. O marido então vai e entra com a negatória, impugnando a legitimidade do filho nascido da sua esposa.

Isso é diferente da Ação de cancelamento de registro. Ambas as ações são imprescritíveis, porém são diferentes. No cancelamento de registro ocorre erro ou falsidade. É o caso em que o pp homem casado ou não vai ao registro civil e reconhece a paternidade da criança, agindo mediante erro (acha que é o pai, mas não é) ou falsidade (sabe que não é o pai e mm assim registra como se fosse seu filho).

Logo:

Ação negatória de paternidade:

- legitimidade ativa: exclusiva do marido
- imprescritível (art. 1601);
- causa de pedir: impugnar a paternidade do filho da esposa

Ação de cancelamento de registro (art. 1604)

- legitimidade ativa: qq interessado pode mover a ação (pai biológico, filho biológico, pai do registro, por um outro filho do pai registral, ou seja, as pessoas interessadas nessa impugnação);

- imprescritível;

- causa de pedir: erro ou falsidade (Ex: é o caso do Pedrinho, em que a mulher, sabedora de que o filho não é dela, foi e registrou a criança como se fosse filho dela).

OBS: no caso do Pedrinho, se a Vilma vem a falecer e ele herda os bens, caso depois fique provado que ele não era filho dela e o registro seja cancelado, ele terá que devolver os bens que recebeu.

Questão da prova da defensoria- específica de 2002: o marido, sabendo que não era o pai verdadeiro, vai e reconhece a criança como sua. Neste caso, ele agiu com falsidade. Ele deve ajuizar ação de cancelamento de registro face a falsidade (neste caso, ele responderá pelo crime de registro falso) e não negatória de paternidade. Uma vez cancelado o registro por sentença transitada, o marido se exonera de pagar os alimentos, pois não haverá mais poder familiar, relação sucessória, nada.

Quando é o pp homem que vai ao cartório e reconhece voluntariamente o filho, é ação de cancelamento de registro. A negatória é só no caso da esposa que registra o filho em nome do marido (ela resulta da presunção legal de que o marido é o pai).

O homem ao reconhecer como seu filho que sabe ser de outro realiza uma adoção simulada (à brasileira), é uma falsidade, é crime. A Claudia diz que apesar de o menor deixar de receber os alimentos, sendo prejudicado por este lado; o entendimento é que deve sempre prevalecer o principio da verdade real: o menor tem o direito de saber sua verdadeira identidade civil e biológica, devendo o pai biológico ser o pai registral (principio da paternidade real); o poder familiar deve pertencer ao verdadeiro pai, tendo este todas as responsabilidades.

EXAME DE DNA

2 correntes:

1ª) STF, Leoni, Barroso, Min. Marco Aurélio. Não pode o réu ser obrigado a fazer exame de DNA.

Fundamentos:

- Dignidade da pessoa humana;
- Ampla defesa;
- Direito a intimidade;
- Intangibilidade do corpo humano;
- Princípio da legalidade (ninguém pode ser obrigado a produzir prova contra si pp).

Novidade: artigos 231 e 232 (são as conseqüências da recusa).

Antes já havia forte presunção de que o réu é o pai, quando este se nega a fazer o exame de DNA. Agora, isso está na lei. Os artigos 231 e 232 dizem que o pai não pode se aproveitar de sua recusa em fazer tal exame. Quando o réu se recusa a fazer o exame é quase uma declaração de que ele é o pai. O juiz com base na recusa, pode suprir a prova pericial e declarar a paternidade, baseando-se nas demais provas.

Isso não seria inconstitucional? R: A Claudia diz que não.

2ª corrente) Ministro Imar Galvão (STF). Pode ser obrigado a fazer o exame.

Fundamentos:

- Ampla defesa do filho;
- Direito de identificação civil e genética;
- Princípio da paternidade responsável (não basta ser biologicamente o pai, tem que ser juridicamente responsabilizado);
- Princípio da paternidade real (é a coincidência que se busca sempre entre a paternidade biológica e a jurídica, pois se busca a verdade real);
- A natureza da sentença é meramente declaratória.

Dentro dessa controvérsia temos que analisar o ponto nodal da questão: há 1 conflito de normas fundamentais, que deve ser decidido pelo princípio da ponderação dos interesses, devendo se verificar o que é mais importante; se o reconhecimento do status familiar do filho ou a proteção da intimidade do suposto pai.

Quanto a parte de filiação, não houve mais nenhuma mudança relevante.

Quanto as formas de reconhecimento voluntário da filiação temos o art. 1609, que é uma cópia idêntica ao art. 1º da L. 8560.

Art. 1609, p único: o pai pode reconhecer a paternidade do filho antes mm dele nascer ou ainda após o falecimento do filho, desde que este deixe descendentes. Se o filho deixar descendentes, o pai não poderá reconhecer a paternidade, pois nesse caso o pai estaria assim agindo com o simples propósito de herdar a herança do filho morto. (Isso não foi uma mudança, mas geralmente cai em prova).

Leoni: absolutamente incapaz pode reconhecer voluntariamente a paternidade do filho?

R: Prevalece o entendimento de que o absolutamente incapaz não pode reconhecer voluntariamente a paternidade do filho. No entanto, se for relativamente incapaz, poderá, desde que assistido. NO que tange a ação de investigação de paternidade (reconhecimento forçado da paternidade) não há qq controvérsia, tanto o relativamente quanto o absolutamente incapaz poderão ser réus.

ADOÇÃO

Houve 1 alteração na adoção do CC. Agora, a adoção do CC será semelhante a adoção do ECA. Não há mais a adoção por escritura pública (extra-judicial), agora só teremos adoção judicial, a adoção por sentença. Logo, não importa mais a idade de quem está sendo adotado, haverá sempre a necessidade de se mover a ação de adoção.

Adoção póstuma: é aquela em que o adotante falece no curso da ação de adoção. Se o juiz verifica que vai ser favorável a pessoa que vai ser adotada, ser adotada, o juiz vai e defere, após o óbito do adotante, a adoção. Essa adoção póstuma só era admissível para quem era adotado pelo ECA, tendo em vista a necessidade de um processo de adoção (o qual não existia no CC 1916, já que a adoção pelo CC 1916 era feita via escritura pública, extra judicialmente, logo o adotante tinha que estar vivo para assinar a escritura de adoção), agora pode acontecer a adoção póstuma seja qual for a idade, pois sempre deverá haver ação de adoção. Na adoção póstuma a sentença terá eficácia retroativa a data do óbito do adotante e o adotado terá direitos sucessórios e previdenciários.

Outra novidade: o adotante a partir dos 18 anos pode adotar. Antes, o ECA dizia que o adotante devia ter no mínimo 21 anos de idade. Evidentemente, sempre deverá se respeitar a diferença mínima de idade entre adotante e adotado que será de 16 anos. Logo, se o adotante tiver 18 anos, ele só poderá adotar uma criança de 2 anos ou menos. Isso se deve a mudança da plena capacidade civil, que de 21 caiu para 18 anos. Nessa parte, portanto, o ECA foi revogado.

Art. 1621: o caput fala em consentimento dos pais. MM em se tratando de maior de 18 anos, os pais têm que consentir. Mesmo não tendo mais pátrio poder, os pais podem querer que o filho maior não se desvincule de sua família biológica. É o caso do pai que deu tudo para o filho,

investiu nele, e não é justo que o filho passe a pertencer a outra família e deixe de ser um possível devedor de alimentos para esse pai, que o pai venha a perder seu direito sucessório em relação ao filho, etc. Antes, esse consentimento para os maiores não tinha qq importância, pois a adoção era feita por escritura pública e o adotado maior não perdia o vínculo com a família biológica.

OBS: As adoções feitas pelo CC 1916 continuam regidas como eram pelo CC 1916, continua tendo o vínculo com a família biológica.

Todo aquele que tiver 12 anos ou mais deve concordar para que seja possível a adoção. Se não houver a concordância do adotado, não será possível a adoção.

Parágrafo 1º: o consentimento que será dispensado é o dos pais. A concordância do adotado é indispensável.

Parágrafo 2º: este parágrafo dirimiu uma controvérsia importante: antes se discutia se o consentimento poderia ser revogado até o momento da audiência, se até a prolação da sentença, se até a publicação da sentença ou se até o trânsito em julgado da mesma. Agora, não há mais dúvida: o consentimento dos pais ou dos representantes pode ser revogado até a publicação da sentença, ou seja, os pais ou representantes podem se arrepender do consentimento dado para a adoção até a publicação da sentença.

Essa sentença é constitutiva, pois o adotado vai perder o vínculo com sua família biológica e vai passar a integrar a família que o adotou. Apesar de ser constitutiva, não terá prazo decadencial. Trata-se de constitutiva necessária, só se exerce o direito quando se ajuíza a ação. Só se pode adotar alguém se se requerer isso em juízo.

OBS: adoção unilateral (art. 1626, p único): é o caso em que só aquele que pretende ser pai ou só aquela que pretende ser mãe, adota.

A adoção unilateral pode fazer com que a pessoa (adotado) perca seus vínculos com sua família biológica. Ex: mulher tem um filho e o pai não o reconhece. Essa mulher depois vem a se casar com outro. Esse marido pode adotar essa criança, será o caso de uma adoção unilateral. A mulher continua mãe, com poder familiar, a criança continua inserida na família da mãe e a criança passa a pertencer tb a família do adotante (marido). Essa adoção unilateral sempre foi possível e continua sendo pelo NCC.

EX: caso com uma pessoa que já possui um filho, sendo que a mãe dessa criança já faleceu. Eu posso adotar essa criança. É uma adoção unilateral. A criança continua na família paterna (o meu marido continua pai) e passa a integrar a minha família, sendo que a criança se desvincula da família da mãe. Há casos em que isso é feito para se evitar que os avôs maternos tenham direito de ver a criança. Neste caso, os avôs não terão acesso a criança.

Pode tb haver adoção unilateral perdendo-se o vínculo com ambos os pais. Ex: sou solteira e resolvo adotar uma criança sozinha.

Outra mudança, é que a adoção agora, pelo NCC, tb é irrevogável (pois é feita por sentença, logo, faz CJ).

Outra mudança, é que antes na adoção pelo CC 1916, era estabelecido vínculo apenas com o seu adotante, permanecendo o adotado ligado a sua família biológica. Agora, se estabelece vínculo não só com o adotante, mas com toda a família do mesmo, perdendo o vínculo com a sua família biológica, passando a integrar a família de quem o adotou (é como se fosse uma adoção pelo ECA).

Logo, o adotado pelo NCC, perde o vínculo com sua família biológica e passa a integrar a família de quem o adotou. Só há uma exceção: permanece apenas o vínculo biológico para efeito de impedimentos para o casamento. Esse impedimento é difícil de ocorrer, pois só vai acontecer se alguém alegar e comprovar por DNA, uma vez que o registro anterior é cancelado com a adoção.

O Leoni entende que mm que a adoção pelo CC ocorra antes de 88, se o óbito ocorrer depois da CF, todos os filhos sucederão de forma igual. Já outros entendem que deveria se dar tratamento diferenciado, mm que o óbito tenha ocorrido após a CF, uma vez que na época que a pessoa foi adotada pelo CC, este previa tratamento diferenciado. (até hoje continua essa discussão).

Quanto a competência para a adoção do maior de 18 anos, o CODJERJ ainda não dispôs. Pode ocorrer que o CODJERJ prorrogue a competência da Vara de Infância e Juventude para a adoção do maior de 18 anos tb (assim como já ocorre para o menor de 18) ou pode ser que seja estabelecida a competência da Vara de Família ou da Vara de Orfão para a adoção do maior de 18 anos.

OBS: avôs e irmãos não podem adotar (isso está no ECA). No entanto, não há essa restrição no NCC. Essa norma proibitiva no ECA se deu devido aos benefícios previdenciários. O avô, tendo netos, para não deixar sua pensão para o governo, ia e adotava os netos, pois estes como filhos, poderiam herdar a pensão. No entanto, no NCC não há especificamente essa regra, essa restrição, por isso nada impede que se venha a entender ser possível a adoção do maior de 18 anos pelos avôs.

Pergunta que o Leoni sempre faz na prova oral: duas pessoas são casadas ou vivem em união estável, tendo uma delas 18 anos de idade e a outra tem menos de 18 anos. Pode esse casal adotar uma criança, respeitada a diferença de 16 anos? R: sim. Basta que pelo menos 1 deles tenha 18 anos de idade. Quanto a diferença de 16 anos, tb basta que essa diferença se verifique tb somente em relação a 1 deles. Logo, se 1 deles tem 18 e o outro tem 16 anos, nada impede que eles adotem uma criança de 2 anos, pois a diferença de 16 anos terá sido respeitada em relação a um deles (o que te 18 anos). Vide parágrafo único do art. 1618.

Questão da oral do MP: homem com 50 anos e mulher com 21 anos: podem adotar um rapaz de 17 anos? R: Para o Leoni, pelo aspecto moral, não. Não há criação do aspecto maternal, pois a idade é muito próxima. No entanto, se for uma criança de 2 anos, não há qq problema.

Pergunta: homem com 50 anos e mulher com 21 anos, para adotar um rapaz de 19 anos, tem que ser por sentença, pelo NCC. Neste caso, o MP tem que opinar, mm sendo o adotado maior de 18 anos? R: Sim, pois é ação relativa a estado da pessoa, tanto é que na

separação consensual, sem filhos, o MP atua como *custus legis* obrigatoriamente, mm não tendo menor.

Na adoção admite-se a mudança do prenome (se o adotado for menor) e tb a alteração do sobrenome (sendo o adotado menor ou maior) - art. 1627.

REGIME DE BENS

Devemos analisar o regime de bens conforme o disposto no art. 2039, NCC. Entende-se que em razão deste artigo, quem casou na vigência do CC 1916, aplicam-se as regras do CC 1916. Quem casar na vigência do NCC, aplicam-se as regras do NCC. Por isso, em relação ao regime de bens, deve-se sempre analisar a data do casamento e as 2 legislações são aplicáveis.

Logo, pelo disposto no art. 2039 do NCC, a mudança do regime de bens durante o casamento, prevista no art. 1639, p. 2º, NCC, só se aplicará para quem casar na vigência do NCC. Isso, no entanto, não é pacífico. Há quem entenda que mm quem casou na vigência do CC 1916, poderá vir a alterar o regime de bens. O Leoni ainda não se posicionou.

Vamos as alterações:

1) o regime pode ser modificado, conforme o art. 1639, parágrafo 2º. A alteração do regime será na forma de jurisdição voluntária, pois os 2 terão que ir a juízo pedindo alteração do regime. Este pedido deve ser motivado e além disso, os terceiros não poderão de forma alguma ser prejudicados com a alteração do regime;

2) Art. 1647.

Antes qq que fosse o regime de bens era necessário a autorização do outro cônjuge ou pedir ao juiz o suprimento judicial para alienar bens, para hipotecar bens, para prestar fiança etc. Agora, dependendo do regime, poderá ser dispensada a outorga.

Isso vai cair em alguma prova, segundo a Claudia.

Logo, temos a seguinte questão: para 1 dos cônjuges alienar, renunciar herança, prestar fiança, aval, etc (outras hipótese do art. 1647) é necessária a outorga do cônjuge? R: De acordo com o CC 1916 era indispensável a outorga, independentemente do regime, conforme os artigos 235 e 242, CC 1916. De acordo com o NCC, se forem casados pelo regime da separação total de bens ou pelo regime de participação final dos aquestos, neste último caso, se dispensada a outorga no pacto, não é exigível a autorização do consorte e o ato é válido, conforme artigos 1647 e 1656.

Art. 1656. Se for bem que não se comunica (bem anterior ao casamento, bens adquiridos a título gratuito), se os cônjuges convencionarem no pacto a livre disposição, não vai ser necessária a outorga.

No art. 1647 fazer remissão ao art. 1656 e vice versa.

Logo, para 1 dos cônjuges renunciar herança precisa da outorga do outro? R: Depende. Se for regime da separação total, não precisa; se for regime de participação final nos aquestos, não precisa se for convencionado no pacto a livre disposição dos bens.

Na prova é ideal que se diga que pelo art. 2039, NCC, como o regime de bens é o por ele estabelecido, quem casou na vigência do CC 1916, podemos interpretar que permanece a necessidade da autorização do cônjuge ou o suprimento judicial. Já em relação ao NCC dispensa-se a outorga no caso de regime da separação total e no da participação final nos aquestos, desde que convencionado no pacto a livre disposição dos bens.

3) Agora, para prestar aval tem que ter outorga do cônjuge – art. 1647, III.

A Claudia entende que tanto a pessoa que casou na vigência do CC 1916, quanto a que casou na vigência do NCC, precisa de outorga para dar aval, uma vez que o aval será dado agora, quando já da vigência do NCC. Já no que tange a venda, diz a Claudia que o entendimento que tem sido dado é diverso, é aquele de acordo com a data do casamento, ou seja, se o casamento foi celebrado quando da vigência do CC 1916, será sempre necessária a outorga, já se o casamento foi celebrado na vigência do NCC, a outorga pode ser dispensada nos casos já vistos anteriormente. (A pp Claudia diz que isso ficou meio sem sentido, mas é o posicionamento atual).

4) Art. 1649. Antes, quando não havia a outorga do cônjuge, nem o suprimento judicial, havia uma divergência se o ato era nulo, anulável ou ineficaz. Agora, a lei vem dizendo que o ato é anulável. O prazo é decadencial de 2 anos (contados da extinção da sociedade conjugal). Logo, devemos fazer remissão ao art. 207.

5) Regime de participação final nos aquestos.

Esse regime está complicado; segundo a Claudia deve virar letra morta. Uns estão entendendo que tem necessidade do esforço em comum, outros entendendo que não.

Há uma divergência atualmente no sentido de saber quais os bens que vão comunicar. Logo, temos 2 correntes:

1ª) Só vai se comunicar o bem adquirido a título oneroso, se ambos se esforçarem contribuindo para a aquisição.

Fundamentos:

- O pp nome do regime menciona que é de participação;
- O art. 1672 menciona que cada um terá direito a metade dos bens adquiridos pelo casal, ou seja, adquiridos pelos 2.

2ª) O esforço é presumido.

Fundamentos:

- A lei não exigiu expressamente o esforço, e se o legislador não exigiu, não cabe ao intérprete exigir;
- Os cônjuges são tratados enquanto casados, como se fossem casados pelo regime da separação total e na hora da separação judicial ou da morte, é que os bens se comunicam, quando adquiridos a título oneroso, para serem partilhados.

OBS: a Claudia diz que no que tange a colaboração da mulher que trabalha em casa, apesar de ainda não ter qq posicionamento em relação a isso, ela entende que isso tb conta como colaboração.

OBS: Na separação total de bens, entende-se que os bens só se comunicarão se houver uma atividade comercial ou civil e em face dessa atividade laborativa, os cônjuges tiverem uma sociedade de fato. Ex: a mulher é doméstica e o marido trabalha; neste caso, o bem será só dele. O esforço da mulher não é computado. EX: os 2 são advogados, os 2 são comerciantes, os 2 vendem salgadinhos para fora. Neste caso, há uma atividade comercial ou civil, uma atividade lucrativa e os cônjuges adquiriram patrimônio em razão dessa atividade laborativa, sendo que os bens que foram comprados foram colocados só no nome dele. Neste caso, reconhece-se uma sociedade de fato e a mulher terá tb direito a uma parte do patrimônio na proporção do seu esforço. Ambos devem trabalhar na mm atividade.

E se eles exercem atividades distintas e eles convencionaram que o dinheiro dele seria destinado para as despesas do dia a dia e o dinheiro dela iria para uma poupança para comprar um imóvel? R: Neste caso, temos 2 posições. Aqueles que entendem que o imóvel vai ficar só em nome daquele em cujo nome o imóvel está registrado no RGI e outros entendendo que nesse caso o bem comunicaria, pois ambos se esforçaram, senão haveria enriquecimento sem causa.

O que ocorre se no regime da participação final nos aquestos, se nada se falar no pacto sobre a autorização do cônjuge? R: Será necessária a autorização do cônjuge para vender, para dispor, para tudo.

Vejamos o seguinte exemplo: a mulher é casada e só faz torrar o dinheiro do marido. O marido, mm assim consegue guardar um dinheiro e comprar um imóvel. Se eles forem casados pelo regime da comunhão parcial e se separarem, a mulher terá direito a metade do imóvel, pois neste regime não importa se houve ou não esforço. Já se eles forem casados pelo regime da participação final dos aquestos, pela 1ª corrente, deve a mulher provar o esforço e como ela só fazia torrar a grana do marido, ela não levará a metade. Para a 2ª ela vai levar a metade, pois o esforço é presumido.

Art. 1673. Logo, tudo o que é adquirido na é patrimônio pp, mm o adquirido na constância do casamento. Só há a comunhão na hora da extinção da sociedade conjugal. Logo, o regime é um misto do regime da comunhão parcial e da separação total.

OBS: No capítulo V – Do regime da participação final nos aquestos fazer remissão ao art. 1656, para lembrar que tem que ter pacto e que pode ser dispensada a outorga do cônjuge.

Art. 1679. O que for trabalho conjunto, divide. O que não for trabalho conjunto, vai cair naquela divergência já vista: se precisa ter esforço em comum ou não. Com base nesse artigo, muitos sustentam que o esforço em comum não é exigível. O art diz: "... no caso de bens adquiridos pelo esforço conjunto...".

Art. 1681. Esse dispositivo é importante. A regra é que o registro imobiliário tem efeito constitutivo, ou seja, só a partir do momento em que se registra no RGI e que se passa a ser proprietário. Mas há algumas exceções em que o registro terá efeito meramente declaratório, ou seja, constando ou não o seu nome no registro imobiliário, você terá direito ao bem. São os casos:

a) regime da comunhão (mm que você não tenha o seu nome no registro, ou seja, mm que o imóvel só esteja registrado em nome de 1 só dos cônjuges, o outro terá direito a metade do imóvel, por força da lei);

b) direito hereditário (por causa do direito de saisine. A pessoa é proprietária desde o momento em que o morre o autor da herança, ou seja, morreu transmite o domínio. MM sem o formal de partilha registrado, a pessoa já é titular) ;

c) Acessões;

d) Usucapião.

Logo, nesses 4 casos o registro tem efeito declaratório.

No art. 1681 a lei diz que os imóveis são de propriedade do cônjuge cujo nome constar do registro, logo, pela teoria da aparência essa pessoa é a única titular do imóvel, por isso não se pode futuramente alegar que havia uma meação enquanto não dissolvida a sociedade conjugal. Logo, esse artigo só terá relevância enquanto os cônjuges estiverem casados, pois quando separar, o bem vai comunicar.

OBS: bem recebido de herança, o qual não se comunica ao outro cônjuge. Se a pessoa vende esse bem e compra outro, o bem adquirido será sub-rogado. O ideal é que a sub-rogação conste da escritura do bem que foi adquirido. Se não constar, depois deverá ser feita prova em juízo de que aquele bem é subrogado. Deve-se confrontar o imposto de renda, com extrato bancário, etc.

Os regimes da comunhão parcial, comunhão universal e o da separação de bens continuam iguais. A única diferença é que no regime da separação absoluta de bens não é mais necessária a outorga (art. 1647).

Regime da separação legal obrigatória: mudança no inciso II do art. 1641. Antes era a mulher com 50 anos e o homem com 60 anos. Agora, ambos a partir de 60 anos.

O Leoni sp entendeu que essa diferença de idade era inconstitucional.

UNIÃO ESTÁVEL

Agora não há controvérsia: o separado de fato e o separado judicialmente podem viver em união estável. Essa já era a posição do Leoni e agora está no art. 1723.

Agora, tudo que é relativo a comunhão parcial é extensivo a união estável (art.1725). A L. 9278 falava que não comunicavam os bens sub-rogados e quando tinha contrato escrito determinando a incomunicabilidade. Agora, só vem falando do pacto (contrato escrito), pois já é da essência do regime da comunhão parcial que os bens sub-rogados de patrimônio particular não comunicam.

Na falta do pacto, será sempre o regime da comunhão parcial. Nada impede que se estabeleça outro regime no pacto. O pacto deve ser levado a registro (seja quando feito por escritura pública ou particular).

OBS: Suponhamos a seguinte situação: regime legal (comunhão parcial) e há uma conta corrente em nome de 1 só. Neste caso comunica? R: Depende, qq valor depositado fruto de aquisição a título oneroso comunica, o que não comunica é a titularidade que se tem do salário. Se for herança, doação, não comunica.

Imaginemos que 2 pessoas passem a viver em união estável a partir de 60 anos e como já vimos a partir dos 60 anos, passa a ser regime de separação legal obrigatória de bens. **Qual a diferença que se faz hoje da comunhão parcial para a separação legal obrigatória? R: Na comunhão parcial tudo que é comprado comunica independentemente de esforço; na separação legal obrigatória só comunica se houver esforço em comum.** Uma corrente diz que se as 2 pessoas passarem a viver em união estável, sendo hipótese de separação legal obrigatória, exigir-se-ia o esforço em comum para a comunicação dos bens; pois caso contrário estar-se-ia dando mais direitos ao companheiro do que quem é casado e isso seria inconstitucional (não facilita a conversão da união em casamento). Já uma outra corrente diz que essa norma é restritiva de direitos e como tal sua interpretação deve ser restritiva, se o legislador não restringiu, não pode o intérprete restringir.

Se a união nasceu na vigência do CC 1916 e continua até hoje ou se ela nasceu na vigência do NCC, aplica-se o NCC. Trata-se de relação continuativa, logo, aplica-se sempre a nova lei.

A lei agora conceitua o concubinato no art. 1727. Só pode haver concubinato se for entre homem e mulher (não pode ser homossexual) sendo 1 deles ou ambos impedidos para o casamento (é o caso do amante, daquela que vive um relacionamento amoroso com o sogro, pois nesse caso nunca poderá ser convertido em casamento; relacionamento entre irmãos...).

Logo, se um homem é casado e tem uma amante, a qual é solteira, só ele estará impedido para o casamento. É caso de concubinato. No entanto, se este homem é casado, mas separado de fato, será caso de união estável.

Outro caso é o de 2 pessoas que vivem em união estável e o homem tem um relacionamento paralelo. Esse relacionamento paralelo tb pode ser considerado concubinato. No concubinato pode ser reconhecida a sociedade de fato, se houver esforço em comum para a aquisição de bens. Sociedade de fato se resolve na vara civil, não entra no direito de família.

A L. 8971 foi totalmente revogada. Já em relação a L. 9278 permanece apenas o direito real de habitação, já que este foi previsto no NCC para o cônjuge, logo, tb caberia ao companheiro (logo, a lei foi parcialmente revogada). Pelo NCC, não há mais usufruto vidual para o cônjuge, logo não pode ter tb para o companheiro. O direito sucessório do companheiro foi alterado e agora vem regulado no NCC.

Poderia um homem ter união estável com 2 mulheres em casas distintas? R: Sim, desde que um desses relacionamentos seja putativo. No caso de se extinguir essas uniões, deve-se fazer um rateio entre as duas mulheres, proporcional ao esforço. Em princípio, a união estável só pode ser em relação a uma família, pois a lei exige fidelidade e a união estável deve possibilitar a conversão em casamento.

Rio, 12/02/02

TUTELA

Novidades:

- agora é até os 18 anos (devido a mudança na parte geral), quando, então, o menor adquire a maioridade;

- figura do protutor. É o encarregado de fiscalizar os atos do tutor. É uma pessoa designada pelo juiz, da confiança dele. Pode ocorrer, por exemplo, no caso de uma avó ser a tutora, a outra avó ser a protutora. O MP nunca será protutor. A obrigação do protutor não é obrigatória, o protutor pode ou não ser nomeado, só será nomeado se o juiz entender que realmente é necessário que os atos do tutor sejam controlados (art. 1742). O protutor recebe uma gratificação módica, pequena.

- Venda de patrimônio de tutelado e curatelado: antes era feita mediante autorização judicial e hasta pública (apesar de haver alguns julgados no sentido de que poderia ser feita a venda sem hasta pública, desde que em benefício do incapaz). Agora, a lei exige a autorização judicial, mas não exige mais a hasta pública (art. 1750, NCC).

Logo, de acordo com o art. 1750, os bens dos tutelados e curatelados poderão ser alienados, comprovada a vantagem da venda para o incapaz, com a atuação obrigatória do MP, como custos legis e do curador especial (DP), feita a avaliação judicial, mediante alvará o bem será alienado (não se exige mais a venda em hasta pública).

- Antes a tutela dada aos parentes consangüíneos, era dada aos ascendentes e depois aos tios e irmãos. Agora, a lei no art. 1731 menciona que será para os ascendentes e para o

colateral até 3º grau (ou seja, tio e sobrinho). Logo, se numa família houver um sobrinho que seja mais velho que o tio, o sobrinho poderá ser tutor.

CURATELA

Novidades:

- Art. 1767

Inciso I: é o esquizofrênico, o que sofre do mal de alzheimer, o louco.

Inciso II: é o surdo-mudo que não sabe se exprimir com precisão.

Inciso III: aqui são os alcoólatras e os viciados habituais; não são aqueles que conseguem abstenção.

Inciso IV: são os retardados mentais.

Inciso V: os pródigos

Em qq desses incisos a curatela pode ser parcial ou total, isso vai depender do grau do problema. Ex: o autista pode ter uma interdição total ou parcial, isso vai depender do grau de seu afastamento da realidade.

Esse artigo trata só do caso do curatelado interditado. Há casos como o do ausente, do silvícola, que tem representante legal, logo, não se interdita o mesmo, só se nomeia curador para ele. Aqueles que não são interditados, não constam desse artigo.

- Art. 1769

Antes, a interdição por parte do MP só ocorria no caso de loucura furiosa (louco furioso é o violento) ou no caso do louco não violento, quando não tivesse quem promovesse sua interdição.

Agora, o MP pode promover a interdição no caso de doença mental grave, ou seja, pode interditar tanto o louco furioso, como o louco não violento, basta que seja doença mental grave.

- Art. 1780

Antes o deficiente físico não tinha tutela legal, agora tem. Ele não podia chegar em juízo e pedir curador para si pp. O deficiente físico é uma pessoa lúcida, mas as vezes dependendo de sua deficiência, ele não consegue gerenciar direito seu negócio e precisa de alguém que faça isso por ele. É o caso do tetraplégico. Antigamente, o deficiente dava uma procuração (mandato), agora, ele já pode pedir em juízo a sua interdição.

SUCESSÕES

Lembrar sempre que a sucessão se rege pela data do óbito. Logo, dependendo da data, aplicaremos ou a lei antiga (CC 1916) ou a lei nova (NCC). Daí a necessidade de se estudar as 2

leis, pois durante muito tempo ainda teremos inventários correndo com base no CC 1916. Logo, não houve uma substituição de matéria, mas um aumento de matéria no que tange a sucessão.

Dentre as mudanças, a principal se deu em relação ao art. 1829. Esse artigo é a coluna vertebral da sucessão legítima. No entanto, esse artigo não trata da sucessão do companheiro, que vem disciplinada no art. 1790. Logo, não devemos pensar que o que se aplica ao cônjuge, se aplicará tb ao companheiro, pois eles recebem, pelo NCC, tratamento completamente diverso.

Art. 1829

Inciso I:

Agora, o cônjuge é considerado herdeiro necessário (agora são herdeiros necessários os descendentes, ascendentes e cônjuge).

No art. 1829, I fazer remissão ao art. 1845.

Logo, a regra é que o cônjuge tenha direito a legítima. No entanto, quando o cônjuge estiver concorrendo com o descendente, ele pode ou não ter direito a sucessão, dependendo do regime. Por isso, e que se está dizendo que o cônjuge é herdeiro necessário especial, pois ele pode ou não ter direito a sucessão quando concorrer com descendente. Isso, entretanto, é só em relação aos descendentes, já em relação aos ascendentes, o cônjuge sempre concorrerá, ele sempre terá direito a sucessão.

Pela análise do inciso I, podemos verificar os casos em que o cônjuge concorrerá ou não com os descendentes. O inciso traz as hipóteses em que o cônjuge não concorrerá, tanto que fala, salvo se.

Desta forma, o cônjuge não concorrerá:

- quando casado pelo regime da comunhão universal;
- quando casado pelo regime da separação legal obrigatória;
- quando casado pelo regime da comunhão parcial e o falecido não deixou bens particulares. Logo, no regime da separação parcial, o cônjuge pode concorrer e pode não concorrer.

Bens particulares são aqueles que não se comunicam. São aqueles adquiridos antes do casamento ou durante o casamento, a título gratuito. Sendo assim, se o falecido deixou bens particulares, o cônjuge sobrevivente concorre com o descendente. Se o falecido não deixou bens particulares, o cônjuge não sucede, isso porque, neste caso, cairemos na comunhão universal.

No regime da comunhão parcial, quando tem bens particulares, o cônjuge vai concorrer com todos os bens, inclusive esses particulares? R: Tem predominado o entendimento de que o cônjuge vai concorrer em cima do todo. Logo, hoje, é interessante se casar pelo regime da comunhão parcial se a outra pessoa tiver, pelo menos, algum bem anterior

ao casamento, pois desta forma, o cônjuge sobrevivente além de meeiro, será tb herdeiro. Se a pessoa não tiver nada antes de casar, o cônjuge sobrevivente será meeiro, mas não será herdeiro, se concorrer com descendentes.

Anotações: o NCC considerou o cônjuge como herdeiro necessário, porém a doutrina vem considerando-o como herdeiro necessário especial, porque ele pode ou não ter direito a legítima, concorrendo com os descendentes, dependendo do regime de bens. A regra, é que o cônjuge sucede com os descendentes, porém o legislador prevê 3 exceções. Não sucede quando casado pela comunhão universal, pela separação legal obrigatória e pela comunhão parcial, sem bens particulares.

OBS: bens particulares são os que não se comunicam, ou seja, os anteriores ao casamento e os adquiridos a título gratuito.

Antes de tudo, devemos saber os modos de suceder e o de partilhar:

Modos de suceder:

- 1) Por direito próprio
- 2) Por direito de representação
- 3) Por direito de transmissão

Modos de partilhar

- 1) Por cabeça
- 2) Por estirpes
- 3) Por linhas

Pergunta: com base nessa pergunta ficará mais fácil analisar os esquemas seguintes. A pergunta é a seguinte: existe alguém com capacidade sucessória entre os herdeiros e o autor da herança?

1ª resposta: não existe ninguém entre eles, logo, eles sucedem por direito pp.

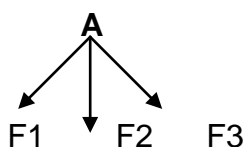
2ª resposta: sim, existe alguém entre eles com capacidade sucessória. O mais afastado recebe por representação.

Sucessão de descendentes

1) Esquemas de acordo com o CC 1916 e de acordo com o NCC, quando o falecido não deixa cônjuge nem companheiro, que possam suceder. Ele só deixa descendentes.

OBS: o autor da herança será sempre representado pela letra **A**.

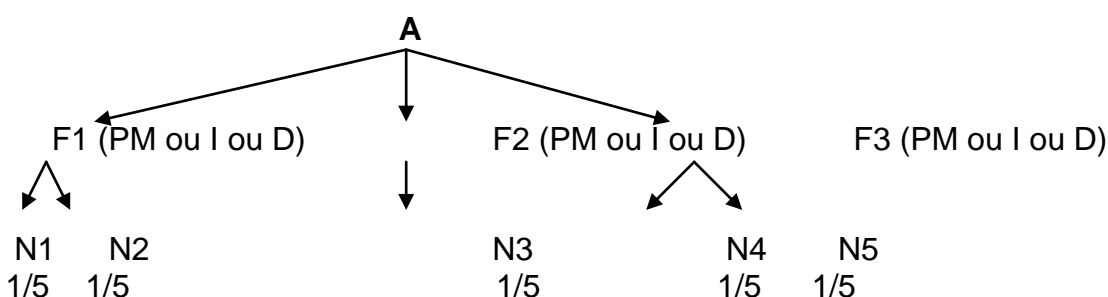
1º esquema:



Entre o autor da herança e os 3 filhos não existe ninguém com capacidade sucessória. Logo, F1, F2 e F3 sucedem por direito próprio. E como todos são filhos (parentes de 1º grau), aos iguais deve se dar tratamento igual. A forma de se tratar todos de forma igual é a partilha por cabeça. Conta-se o número de pessoas e divide-se o patrimônio de forma igual entre eles, ou seja, cada um recebe 1/3.

OBS: filho só pode suceder por direito pp. Não há outra forma de suceder para o filho, pois nunca haverá ninguém entre o filho e o pai.

2º esquema:



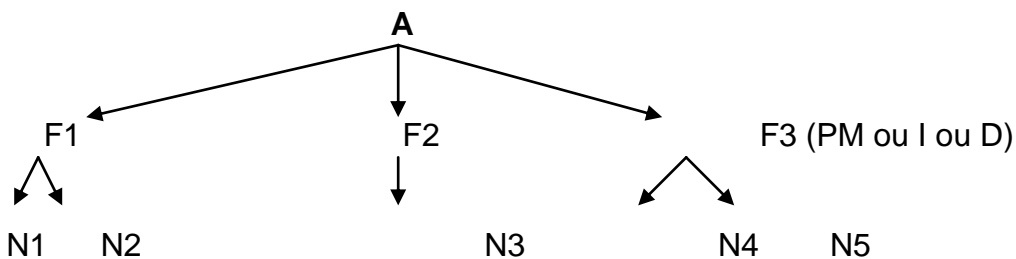
PM = pre-morto
I = indigno
D = deserdado

Neste caso, os 3 filhos são pré-mortos ou indignos ou deserdados. Entre os netos (N1, N2, N3, N4, N5) e o autor da herança, não há ninguém com capacidade sucessória (os filhos não possuem capacidade sucessória), logo os netos sucedem por direito próprio. Como todos são parentes de 2º grau do morto, aos iguais deve ser dado tratamento igual, logo, a partilha será por cabeça, logo, cada neto recebe 1/5.

A partilha se dá por cabeça quando todos estiverem no mesmo grau.

OBS: não é porque N3 é filho único de F2 que ele terá direito a receber um quinhão maior. Todos são netos da mesma forma e merecem tratamento igual.

3º esquema:



Só F3 é pré-morto ou indigno ou deserddado.

Como não existe ninguém entre F1 e o autor da herança e entre F2 e o autor da herança, eles sucedem por direito próprio.

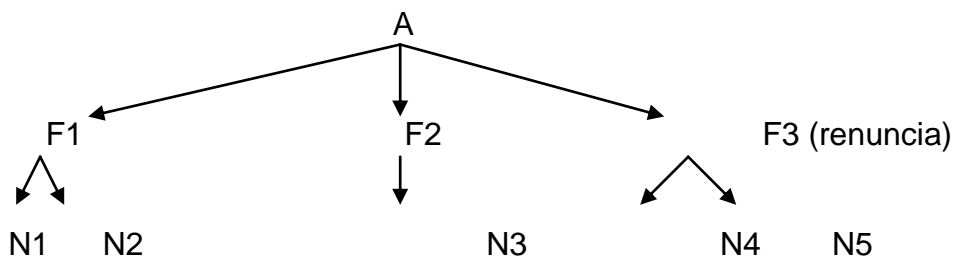
Já entre os netos N4 e N5 e o autor da herança, existe alguém com capacidade sucessória? Ou seja, entre esses parentes de 2º grau e o morto, tem alguém no 1º grau sucedendo? R: Sim (F1 e F2), logo, N4 e N5 receberão por direito de representação.

A partilha será diferenciada: será por cabeça em relação a F1 e F2 e por estirpe em relação a N4 e N5. A estirpe formada pelos 2 netos receberá o equivalente ao que o F3 receberia. Logo, F1 recebe 1/3; F2 recebe 1/3 e N4 e N5 receberão juntos 1/3, que será dividido entre ambos.

OBS: tanto faz se F3 é pré-morto, indigno ou deserddado. A indignidade e a deserddação são penalidades, são penas civis impostas ao sucessor, pela prática de um ato previsto na lei. Como a pena não pode passar da pessoa do apenado, o indigno e o deserddado são considerados como se fossem pré-mortos, daí eles receberem o mm tratamento do pré-morto.

No caso da Suzanne, que matou os pais em São Paulo. O irmão deve propor ação para excluí-la da sucessão. Como o irmão dela é menor de idade e o caso teve grande repercussão, houve uma discussão se o MP poderia ajuizar a ação de deserddação. A Claudia diz que sempre se entendeu que o MP não tem legitimidade para ajuizar tal ação, cabendo o ajuizamento ao pp incapaz, representado ou assistido, uma vez que se trata de direito patrimonial. O pp MP de São Paulo, se manifestou no sentido de sua ilegitimidade ativa.

RENÚNCIA ABDICATIVA



Se F3 renuncia, ele é considerado como se nunca tivesse existido, a renúncia é ato de liberalidade. Por isso a lei determina que a parte do renunciante acresça a dos outros de mm grau (art. 1810 e 1811). Logo, a parte de F3 ficará metade para F1 e metade para F2. É diferente do caso do indigno, que é considerado pré-morto. F1 e F2 herdam por direito pp e por cabeça.

Se todos os filhos renunciarem, os netos sucederão por direito pp e por cabeça (1/5 para cada um).

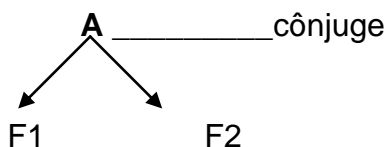
Obs: a lei proíbe direito de representação para renunciante.

2) O falecido deixa descendente e cônjuge (sucessão com base no NCC)

Art. 1832. Antes de tudo, devemos analisar se o cônjuge pode ou não suceder, pois isso dependerá do regime adotado. Se o cônjuge puder suceder, devemos analisar se os descendentes são comuns, se são descendentes só do morto ou se há descendentes comuns e só do morto juntos.

a) Filhos só do morto

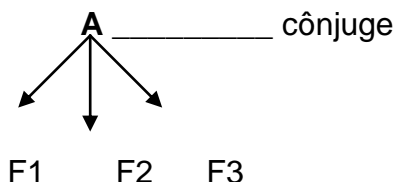
1º esquema:



O cônjuge era casado pelo regime da separação total de bens, ou qq dos regimes não mencionados no inciso I do art. 1829.

F1 e F2 são filhos só do morto. O cônjuge é madrasta de F1 e F2. Logo, cada um receberá $\frac{1}{3}$ (F1 recebe $\frac{1}{3}$; F2 recebe $\frac{1}{3}$ e o cônjuge recebe $\frac{1}{3}$). Eles herdam por direito pp e a partilha é por cabeça. Aqui não há quota mínima reservada para o cônjuge, pois o cônjuge não é ascendente dos filhos do morto (ela é a madrasta).

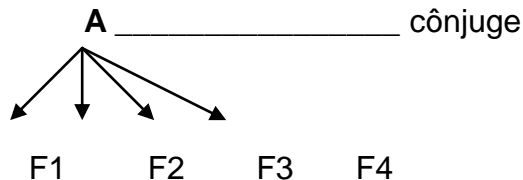
2º esquema:



Supondo que o cônjuge era casado pelo regime da participação final nos aquestos ou comunhão parcial com bens particulares ou separação absoluta.

Neste caso, cada um receberá $\frac{1}{4}$, pois são 4 pessoas, logo, divide-se igualmente por 4 (F1 recebe $\frac{1}{4}$; F2 recebe $\frac{1}{4}$; F3 recebe $\frac{1}{4}$ e o cônjuge recebe $\frac{1}{4}$).

3º esquema:

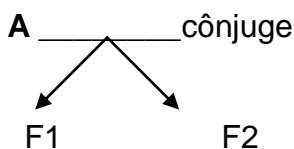


Cada um receberá $\frac{1}{5}$. Direito pp e partilha por cabeça.

Se fossem 5 filhos, seria $\frac{1}{6}$ para cada um e assim por diante.

b) Filhos comuns (do autor da herança com o seu cônjuge), ou seja, os únicos filhos do *de cujus* foram com a sua esposa

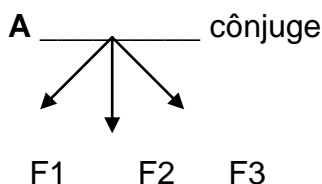
1º esquema:



OBS: A lei estabelece na parte final do art. 1832 que o cônjuge terá uma quota mínima de $\frac{1}{4}$ dos bens, se for tb ascendente dos herdeiros. No caso, o pai faleceu e ele era casado pelo regime da separação total ou comunhão parcial com bens particulares ou participação final nos aquestos. O cônjuge sobrevivente é a mãe de F1 e F2. O que a lei diz é que esse cônjuge tem direito a uma quota mínima de $\frac{1}{4}$, ou seja, a mãe pode receber + de $\frac{1}{4}$, mas não pode receber menos de $\frac{1}{4}$.

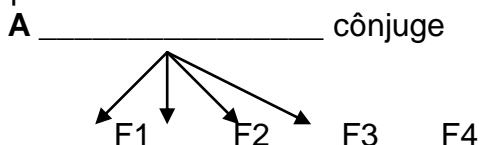
Logo, nesse 1º esquema temos 3 pessoas, logo, será $\frac{1}{3}$ para cada 1 ($\frac{1}{3}$ para F1; $\frac{1}{3}$ para F2 e $\frac{1}{3}$ para o cônjuge).

2º esquema:



Aqui temos 4 pessoas sucedendo, logo, teremos $\frac{1}{4}$ para cada um. Logo, podemos observar que até 3 filhos tanto faz para o cônjuge que esses filhos sejam comuns ou não, pois ele terá direito a mesma quota. Só haverá diferença se o falecido deixar 4 filhos ou mais (é isso que deve cair em prova).

3º esquema:



O cônjuge aqui receberá sua quota mínima de $\frac{1}{4}$ e os outros $\frac{3}{4}$ serão divididos igualmente entre os 4 filhos. Neste caso, portanto, o cônjuge receberá um quinhão hereditário maior do que o filho.

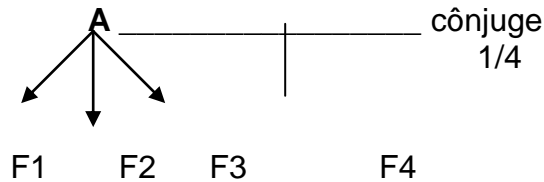
Se forem 10 filhos, será $\frac{1}{4}$ para o cônjuge e $\frac{3}{4}$ divididos igualmente entre os 10 filhos.

c) Filho comum com filho não comum

Quando há filho comum misturado com filho não comum, a lei não diz se o cônjuge terá direito a quota mínima de $\frac{1}{4}$ ou não. Ficou uma lacuna na lei. Há 2 correntes:

1ª) Basta que o cônjuge tenha 1 filho comum para que ele tenha direito a quota mínima de $\frac{1}{4}$. Essa corrente afirma que a lei não diz que o cônjuge só terá direito a $\frac{1}{4}$ se este concorrer só com filhos comuns, a lei diz apenas que o cônjuge terá direito se o mesmo concorrer com filhos comuns; logo pode concorrer tb com filhos não comuns, misturando-os.

Por essa corrente, os filhos acabam sendo prejudicados, pois receberam menos do que receberiam com a adoção da 2ª corrente. O único filho que não seria prejudicado é o F4, pois este depois herdaria da mãe (cônjuge).



F1, F2 e F3 são filhos não comuns; são filhos só do de cujus.

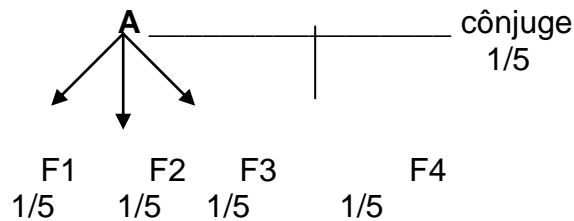
F4 é filho comum; é filho do de cujus com o cônjuge.

Para essa corrente, o cônjuge recebe $\frac{1}{4}$ e os outros $\frac{3}{4}$ são divididos igualmente entre F1, F2, F3 e F4.

F1, F2, F3 e F4 sucedem por direito pp e partilham por cabeça a quota de $\frac{3}{4}$.

O cônjuge tb recebe por direito pp e partilha por cabeça, pois ele tem direito sozinho a quota de $\frac{1}{4}$.

2ª) O cônjuge só terá direito a quota mínima de $\frac{1}{4}$ se todos os filhos forem comuns, pois caso contrário estar-se-ia prejudicando os filhos não comuns em razão do filho comum.



F1, F2 e F3 são filhos não comuns; são filhos só do de cujus.

F4 é filho comum; é filho do de cujus com o cônjuge.

Para essa corrente, a herança é dividida igualmente entre os 5 herdeiros (F1, F2, F3, F4 e o cônjuge), cada um recebendo $\frac{1}{5}$.

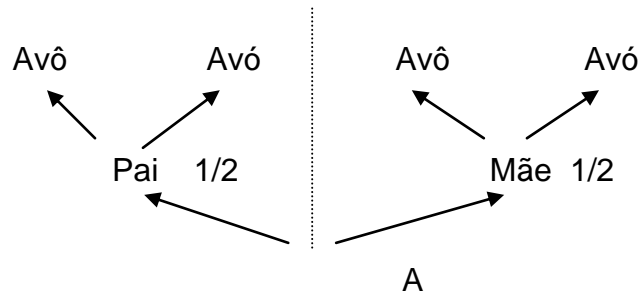
OBS: O Leoni ainda não se posicionou em nenhuma das 2 correntes. A Claudia acha que o Leoni deve se posicionar na 2ª corrente.

Sucessão de ascendentes

1) Esquemas de acordo com o CC 1916 e de acordo com o NCC, quando o falecido não deixa cônjuge nem companheiro, que possam suceder. Ele só deixa ascendentes (não deixa descendentes).

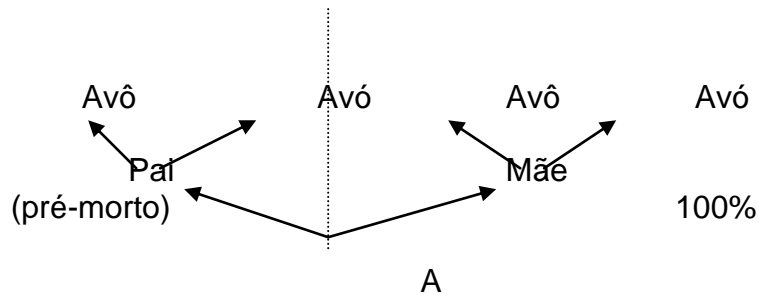
Quando é sucessão de ascendente, a lei proíbe direito de representação; a sucessão será sempre por direito próprio. A partilha será por linhas; nenhuma outra classe partilha por linhas, só a classe dos ascendentes.

1º esquema:



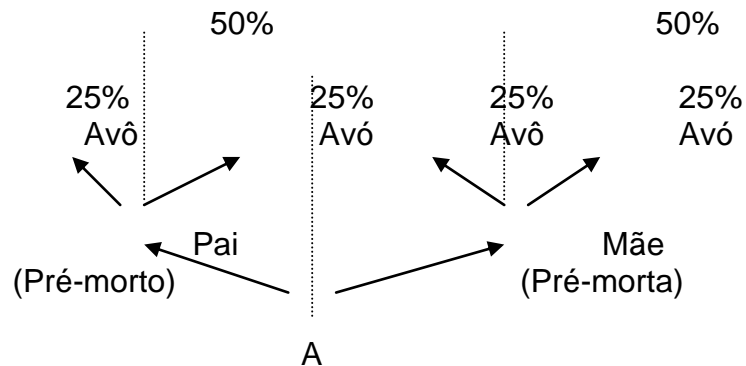
Aqui, ficará metade para o pai e metade para mãe. Direito próprio e partilha por linha.

2º esquema:



Neste caso, o pai é pré-morto, renunciante, deserdado ou indigno. A mãe herdará a totalidade da herança, por direito próprio (ela adjudica o patrimônio). Aqui, não poderemos falar em partilha, pois só há um único herdeiro. Sempre que houver um único herdeiro, não importa a classe, haverá adjudicação de bens. Por isso, quando houver só 1 herdeiro temos a carta de adjudicação e quando tivermos + de 1 herdeiro teremos o formal de partilha.

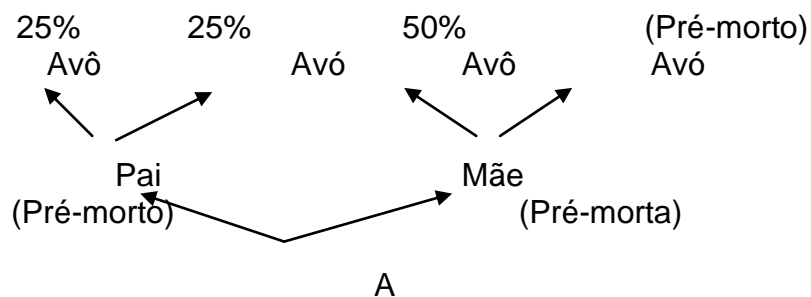
3º esquema:



Aqui, pai e mãe são pré-mortos. Logo, metade do patrimônio irá para os parentes maternos e a outra metade para os parentes paternos, logo, será 50% para cada linha. Pegamos esses 50 e dividimos pelo número de parentes existentes em cada linha. Como tanto os avôs quanto as avós paternas e maternas são vivos, cada um receberá 25%.

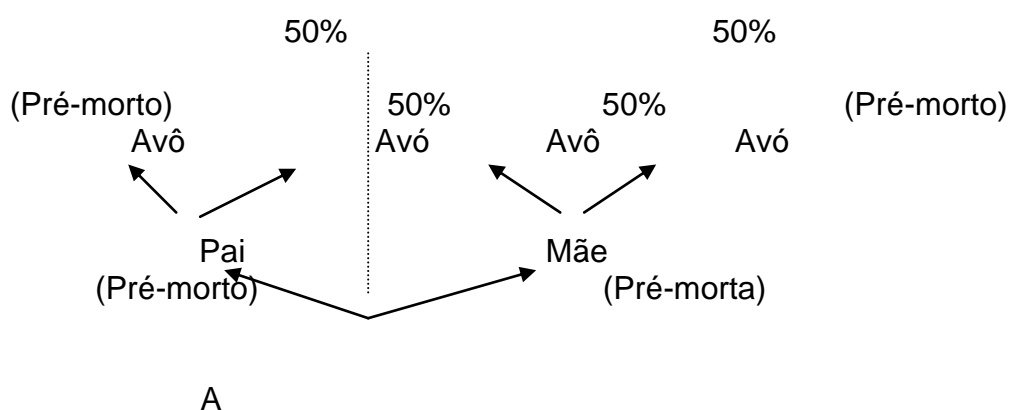
4º esquema:





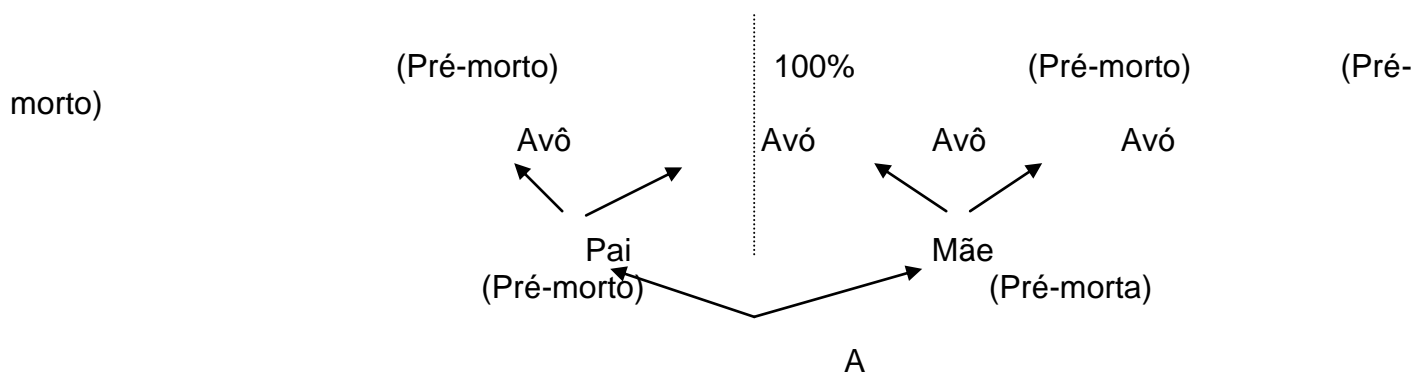
Aqui, continua sendo metade para a linha paterna e metade para a linha materna. Logo, como a avó materna é pré-morta, o avó materno receberá 50%. Isso ocorre porque a partilha é por linha e não por cabeça.

5º esquema:



Neste caso, tanto o avô paterno quanto a avó materna são pré-mortos, logo, o avô materno e a avó paterna receberão 50% cada um.

6º esquema:



Aqui, a avó paterna fica com tudo, ela adjudica o patrimônio. Não importa se existem ou não bisavós vivos, pois na classe dos ascendentes não há direito de representação.

Aqui, nos ascendentes, vale sempre a regra de que o mais próximo exclui o mais remoto.

2) Esquemas de ascendentes em concorrência com o cônjuge, de acordo com o NCC (art. 1829, II e art. 1837)

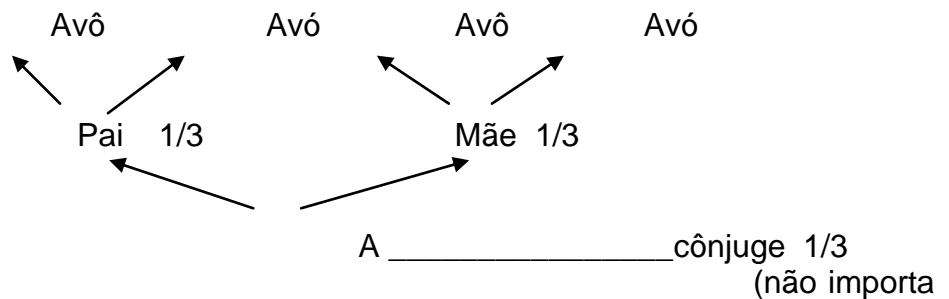
O legislador aqui, no art. 1829, II, não mencionou nada em relação ao regime de bens, por isso o cônjuge sempre concorrerá com o ascendente, seja qual for o regime de bens.

No art. 1829, II fazer remissão ao art. 1837.

No art. 1829, I fazer remissão ao art. 1832.

O art. 1837 diz: “concorrendo com ascendente de 1º grau”. Os ascendentes de 1º grau são os pais. Vejamos, agora, as hipóteses do art. 1837.

1º esquema: “...concorrendo com ascendente de 1º grau, ao cônjuge caberá 1/3 da herança”.

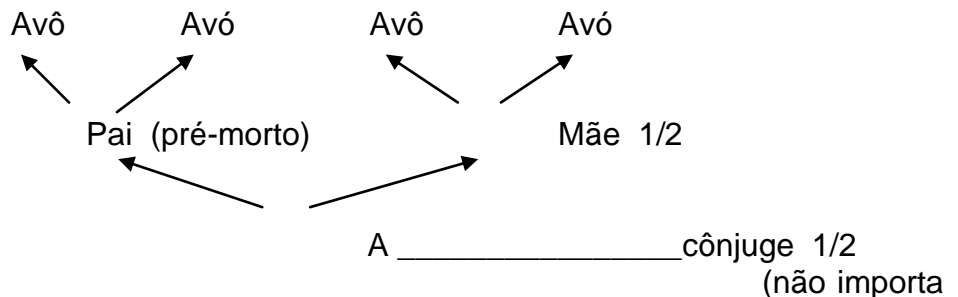


o regime)

O cônjuge tem direito a quota certa de 1/3. Logo, sobram 2/3 que serão divididos entre os pais, recebendo cada um tb 1/3. Trata-se de sucessão por direito próprio e a partilha é por linhas.

Pergunta: neste caso, a partilha do cônjuge tb é por linhas? **R:** A Claudia diz que não. Ela diz que a lei não menciona, neste caso, a forma de partilha para o cônjuge. Segundo ela, devemos responder que o cônjuge e os pais recebem por direito próprio e que a partilha é feita por linhas entre os ascendentes.

2º esquema: “...caber-lhe-á a metade dos bens se houver 1 só ascendente”.

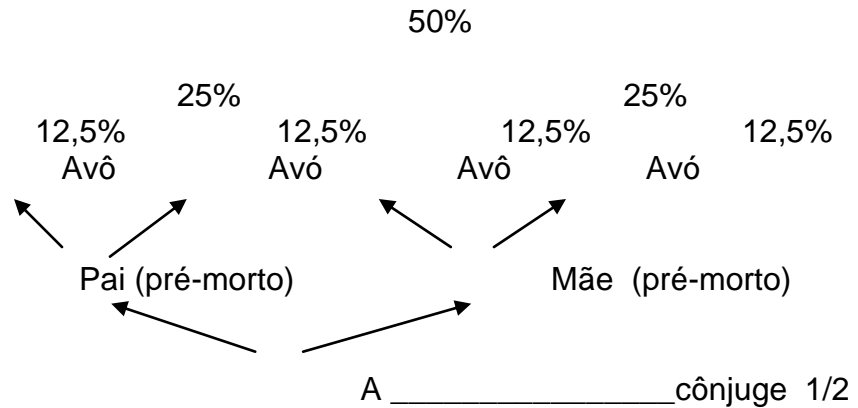


o regime)

Neste caso, o pai é pré-morto, logo a mãe receberá ½ e o cônjuge receberá ½.

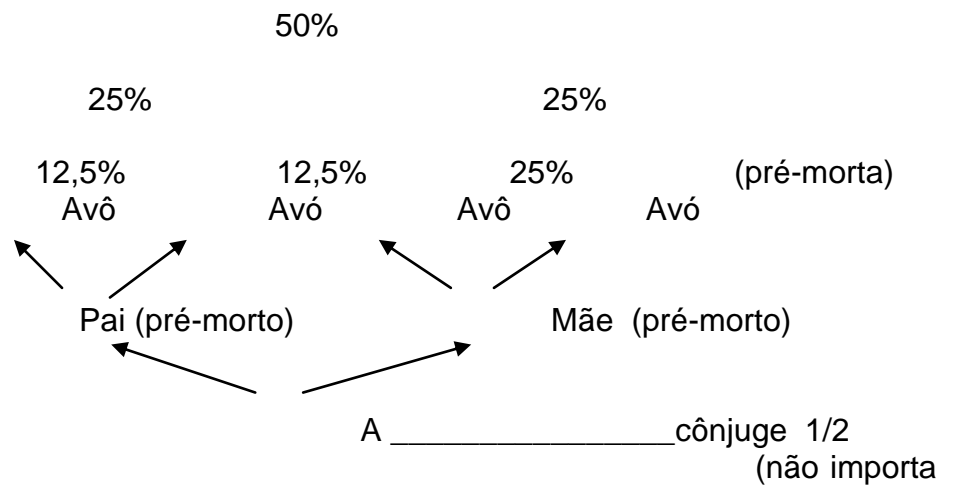
3º esquema: “...ou se maior for aquele grau”.

Logo, se for do 2º grau em diante, continua sendo metade para o cônjuge e metade para os ascendentes.



Aqui, como o pai e a mãe são pré-mortos, os avôs herdarão (ascendentes de 2º grau). Temos, então, o cônjuge recebendo ½ e a outra metade é dividida igualmente entre as 2 linhas (parte materna e paterna). No final, ficará, 12,5 % para cada avô.

4º esquema



o regime)

Neste caso, como a avó materna é pré-morta, o avô materno receberá 25% dos bens. É o mesmo raciocínio do esquema anterior.

OBS: Devemos sempre lembrar que esses esquemas não têm nada a ver com meação. Logo, o cônjuge pode ser casado pelo regime da comunhão universal, ser meeiro da metade e da parte do de cujus, ele ainda vai levar a metade. Ex: se o patrimônio do casal é 12 mil, o cônjuge sobrevivente vai ter direito a sua meação, logo, recebe de cara 6. Da outra metade que pertence ao de cujus, o cônjuge ainda terá direito a ½ ou 1/3 de acordo com o art. 1837 (isso, caso não haja testamento, pois o de cujus pode dispor da metade em testamento).

Art. 1829, III

È o caso da sucessão do cônjuge na falta de ascendente e descendente, ou seja, o cônjuge como 3º na ordem de vocação hereditária.

Na lei anterior (CC 1916), o cônjuge tb era 3º na ordem de vocação. No entanto, pelo CC 1916, o cônjuge podia ser totalmente afastado da sucessão por testamento. Agora, pelo NCC o cônjuge passou a ser herdeiro necessário (art. 1845). Logo, ele, independentemente do regime, vai ter direito a sucessão (neste caso em que ele sucede como 3º na ordem ou quando ele sucede com ascendente, pois quando ele suceder concorrendo com descendente, o regime pode excluí-lo da sucessão).

Art. 1830

Esse artigo é norma geral, ou seja, ele se aplica independentemente se o cônjuge está concorrendo com ascendente, com descendente ou se está sozinho, como 3º na ordem de sucessão.

O artigo fala no prazo de 2 anos de separação de fato. Esse prazo, já era reconhecido e adotado pela jurisprudência. O problema foi a parte final do artigo: ...”salvo, prova, neste caso (caso de separação de fato), de que a convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente”.

Logo, de acordo com a parte final do artigo, se os cônjuges estão separados de fato há 20 anos e um deles vem a falecer, se este que faleceu foi o culpado pela separação, o cônjuge inocente vai ter direito a sucessão.

Antes, o entendimento que prevalecia é que havendo separação de fato há + de 2 anos, o cônjuge já não concorria.

Resumo: separação de fato há menos de 2 anos, o cônjuge sobrevivente sucede (é óbvio que nas hipóteses em que a lei admite) com culpa ou sem culpa . **Separação de fato há mais de 2 anos, cônjuge sobrevivente só sucederá se não foi o culpado pela separação.**

Isso vai dar um problema se existir um companheiro no caso, ou seja, se o cônjuge, após ter se separado de fato, passa a viver em união estável com outra pessoa. Neste caso, a lei não diz quem sucederá: se o cônjuge, se é o companheiro ou os 2 concorrendo. Caberá a jurisprudência disciplinar.

Como deve fazer o cônjuge sobrevivente, separado de fato há + de 2 anos, para provar que a separação não se deu por culpa sua? R: Está se entendendo que o cônjuge sobrevivente deve se habilitar no inventário, cabendo aos herdeiros impugnar essa habilitação. Essa impugnação se dará na via própria, não é no inventário, pois o inventário não comporta essa discussão. A ação de impugnação é movida por dependência ao inventário e será nessa ação que vai se provar se houve ou não culpa do cônjuge sobrevivente. Quando a separação já se deu há muito tempo, a prova acaba ficando difícil, as testemunhas não lembram mais o que ocorreu, etc. e não ficando provada a culpa, o cônjuge sobrevivente será considerado inocente e sucederá.

Logo, o melhor é separar judicialmente, pois aí se exclui de uma vez por todas o cônjuge da sucessão.

OBS: Sucessão da companheira. Ela pode requerer a abertura do inventário e depois entrar na Vara de Família pedindo o reconhecimento da união estável. Reconhecida a união estável, ela pede a habilitação no inventário. Agora, se todos os herdeiros forem maiores e capazes e concordarem que ela é companheira, a companheira não precisa mover a ação, ela vai e se habilita direito no inventário. A maioria dos juizes aceita escrita assinada pelos 2 reconhecendo a união estável, no entanto, há juizes que só aceitam a ação declaratória na vara de família.

OBS: a companheira é herdeira, quanto a isso não há discussão. No entanto, o Tepedino vem sustentando que a companheira é herdeira necessária. Isso é divergente, pois ela pode ser afastada da sucessão por testamento, na falta de descendente, ascendente e colateral.

Art. 1831

Pelo CC 1916: quando o de cujus deixava descendente ou ascendente, ao cônjuge sobrevivente era assegurado:

- usufruto vidual (quando não era meeiro);

- direito real de habitação (quando era meeiro e o falecido só deixava um único imóvel de natureza residencial a ser inventariado. Podia ter imóveis comerciais, mas só podia ter um único imóvel residencial).

Agora, pelo NCC, não temos mais previsão de usufruto vidual, em compensação, temos direito real de habitação em qq caso, ou seja, em qq regime, desde que respeitada a restrição de 1 imóvel de natureza residencial e a família resida no imóvel (isso permanece).

Como fica o caso de uma família que tem uma casa aqui no Rio e uma casa de veraneio na região dos lagos? R: Segundo a Claudia, a maioria entende que nesse caso, há 2 imóveis residenciais. Imóvel residencial é todo imóvel que a pessoa pode morar. Neste caso, portanto, não haverá direito real de habitação.

Antes, pelo art. 1611, parágrafo 2º do CC 1916, havia uma condição resolutiva (enquanto viver e permanecer viúvo), que agora não tem mais no art. 1831, NCC. Logo, hoje, se o cônjuge sobrevivente casar novamente ou passar a viver em união estável, ele continuará tendo direito real de habitação.

Resumo:

Novidades quanto ao direito real de habitação:

1ª) o cônjuge tem direito real de habitação, independentemente do regime ;

2ª) não há + previsão legal da condição resolutiva (enquanto viver e permanecer viúvo).

No art. 1611, parágrafo 2º do CC 1916, devemos sublinhar: “comunhão universal” e “enquanto permanecer viúvo”.

Sucessão dos colaterais

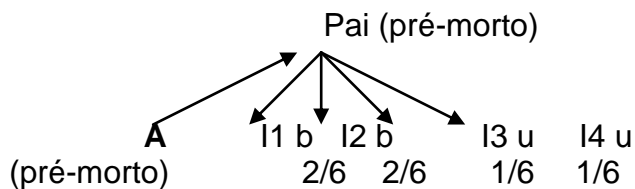
Estudaremos a sucessão dos colaterais no CC 1916 e em relação ao NCC, só quando o colateral concorrer com o companheiro, pois o colateral nunca vai concorrer com o cônjuge.

1) Sucessão dos colaterais de acordo com o CC 1916

Particularidades quanto a sucessão dos colaterais:

1ª) Se o falecido deixa irmãos e são todos eles bilaterais ou todos eles unilaterais, divide-se por igual. No entanto, se tiver bilateral concorrendo com unilateral, o bilateral receberá o dobro do unilateral. (essa regra permanece no NCC).

Representação Gráfica quando há concurso de irmãos bilaterais com irmãos unilaterais:



I1 e I2 são irmãos bilaterais. I3 e I4 são irmãos unilaterais

A quota é calculada da seguinte forma: o numerador da fração será sempre 1 para os unilaterais e 2 para os bilaterais (pois os bilaterais recebem o dobro dos unilaterais). O denominador é a soma de todos os numeradores: logo, teremos: $2 + 2 + 1 + 1 = 6$. Aqui, devemos falar o seguinte: que eles recebem por direito próprio, a partilha é por cabeça e se dá o privilégio do recebimento em dobro para o bilateral.

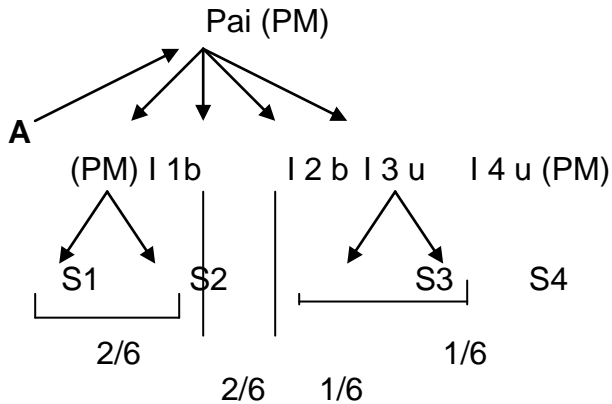
Mas a CF não veda o tratamento diferenciado? R: O que a CF veda é o tratamento diferenciado dos pais em relação a prole, aqui não se trata de descendente e ascendente, mas de colaterais.

OBS: um casal já tem 1 filho biológico e resolve adotar 1 outro filho. Esse filho adotado será irmão bilateral do filho que o casal já possuía.

Neste exemplo, se tivéssemos só irmãos unilaterais ou só irmãos bilaterais, cada um receberia $\frac{1}{4}$.

Só há um único caso de direito de representação na classe dos colaterais: é o caso dos sobrinhos, quando concorrem com irmão do falecido.

OBS: é só no caso dos sobrinhos. Não se pode generalizar e falar em parente de 3º grau, pois o tio tb é parente de 3º grau e não terá direito de representação.



Sabemos que a estirpe recebe o que o representado receberia se vivesse. No caso, a estirpe de I1, como este era irmão bilateral, receberá 2/6; enquanto que, a estirpe de I4, como era irmão unilateral, receberá 1/6.

Os sobrinhos (S1, S2, S3 e S4) receberão por direito de representação e a partilha será por estirpe. Quanto aos irmãos (I2 e I3) receberão por direito próprio e a partilha será por cabeça. Sempre que houver partilha por estirpe, está implícito que alguém está recebendo por cabeça, por isso que normalmente se fala tão somente em partilha por estirpe.

Se S4, por exemplo, também fosse pré-morto, S3 receberia sozinho a fortuna que caberia a I4, ou seja, 1/6. Mesmo que S4 tivesse um filho (sobrinho neto de A), este não teria direito de representação, não teria direito à sucessão, mesmo sendo colateral de 4º grau do autor da herança. O Direito de Representação é somente para filho de irmão (sobrinho do autor da herança).

Rio, 19/02/03

Sucessão dos colaterais (continuação)

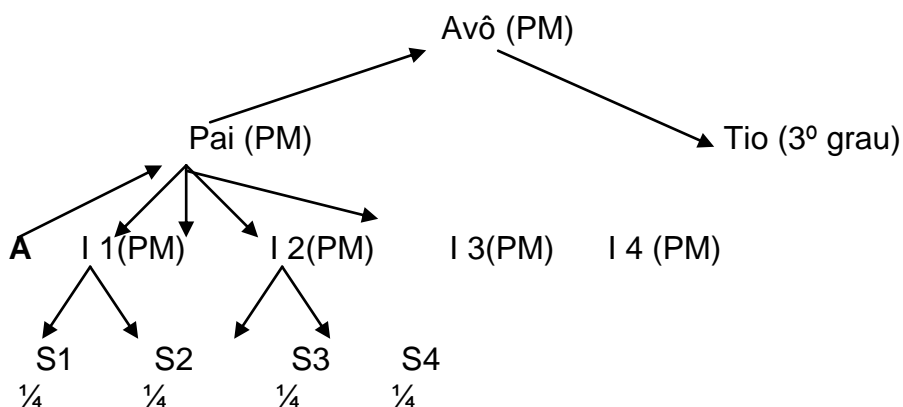
Vimos, na aula passada, 2 peculiaridades da sucessão dos colaterais.

1ª) o irmão bilateral recebe o dobro do que recebe o irmão unilateral. Isso não tem nada de inconstitucional. O que a CF veda é tratamento diferenciado dos pais em relação aos filhos, no entanto, não há qq problema de tratar diferenciadamente os irmãos.

2ª) Só há uma única hipótese de direito de representação na classe dos colaterais, que é quando o sobrinho concorre com o irmão do falecido. (não é 3º grau concorrendo com 2º grau, pq tio é 3º grau tb e já vimos que tio não pode receber por representação).

Agora, veremos a 3ª peculiaridade.

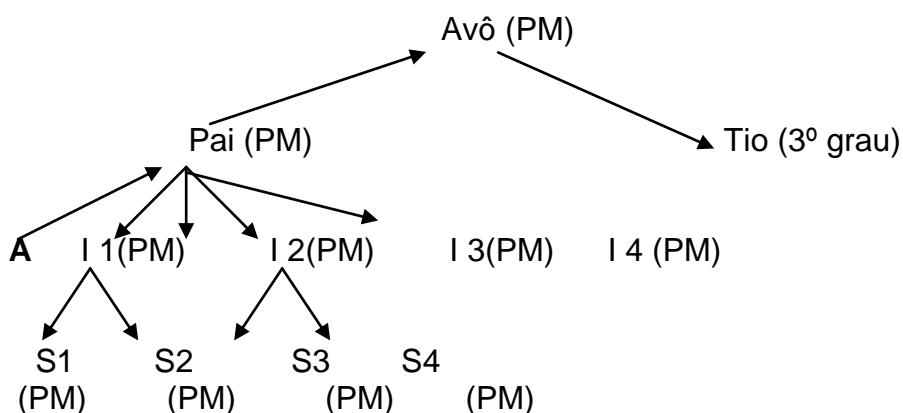
O esquema abaixo faz parte da resposta da questão que caiu na prova do MP: “como o tio sucede no NCC?”. Além de falar sobre essa hipótese, que vamos analisar, o candidato deveria tb ter comentado o art. 1790, III, que é a hipótese em que o tio concorre com o companheiro.



Nessa hipótese, os sobrinhos herdam e afastam o tio da sucessão. O tio só vai suceder quando não houver sobrinhos ou quando todos os sobrinhos forem pré-mortos ou indignos ou renunciantes.

Antes, havia uma divergência (e agora o NCC sanou essa divergência). O CC 1916 dizia: “na falta de irmãos herdam os filhos destes”. Uma corrente, que era a maioria, entendia que o sobrinho recebia e afastava o tio da sucessão. Outra corrente, minoritária, sustentava que essa regra não era razoável, pois se sobrinhos e tios são todos do mesmo grau, aos iguais deve ser dado tratamento igual, logo, sobrinhos e tios herdariam.

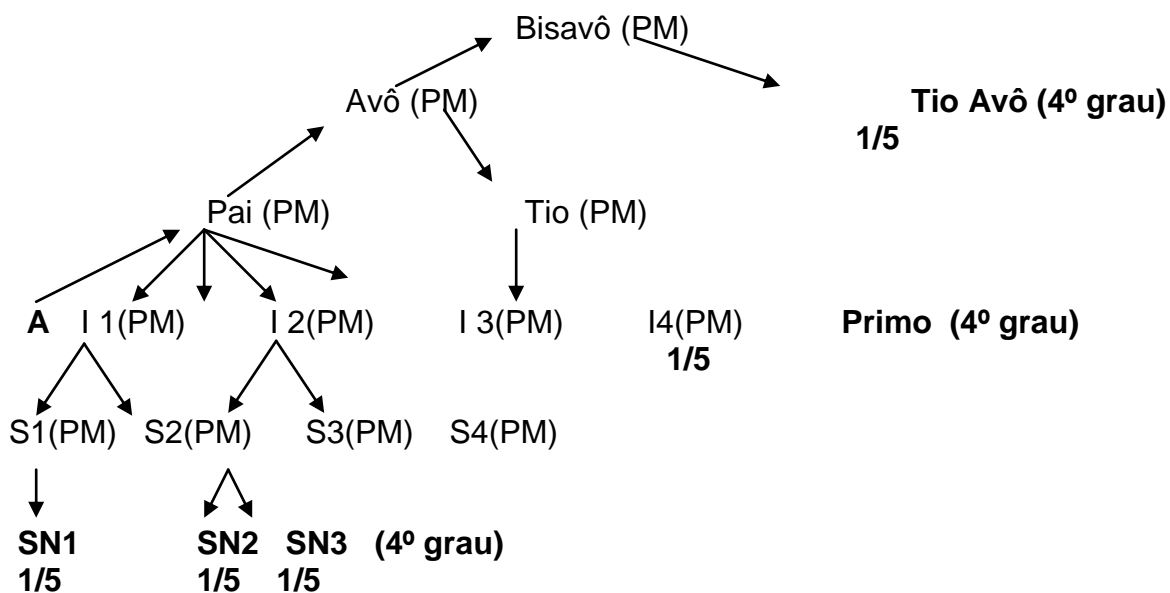
Hoje, de acordo com o art. 1843, NCC é tranqüilo no sentido de que o tio só sucede na falta de sobrinho. Logo, pelo esquema, como são 4 sobrinhos, a herança será dividida em 4 partes iguais, sendo $\frac{1}{4}$ para cada um. Eles sucedem por direito próprio e a partilha é por cabeça.



Nesse caso, como os sobrinhos são pré-mortos, o tio vai suceder e vai receber 100% do patrimônio.

Logo, a 3ª peculiaridade é que apesar de sobrinho e tio serem todos do 3º grau, o sobrinho afasta o tio da sucessão.

Sucessão dos colaterais de 4º grau (sobrinho-neto, tio-avô e primo)



Aqui aplica-se a regra geral: todos do mm grau vão suceder. Como todos são do 4º grau, todos sucedem (sobrinho-neto, tio-avô e primo). Ninguém afasta ninguém da sucessão. Direito pp (entre o 4º grau e o morto não tem ninguém com grau mais próximo sucedendo) e partilha por cabeça.

Sucessão dos Companheiros (art. 1790)

A sucessão dos companheiros é completamente diferente da sucessão dos cônjuges. Ela está regulada no art. 1790. Se observarmos o caput deste artigo, veremos que há uma restrição quanto a base de cálculo para a sucessão do companheiro. Este caput fala: "...quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável...".

Logo, só pelo caput do art. 1790 já se percebe um tratamento diferenciado em relação ao cônjuge, pois para este, a base de cálculo é a totalidade dos bens do morto.

Desta forma, se os companheiros viverem em união estável durante um período e nada for comprado durante esse período, a companheira sobrevivente não receberá nada. Agora, se algum bem for adquirido durante a união estável, a companheira terá direito, além de sua meação em relação a esse bem (uma vez que o que for comprado durante a união estável, será metade de cada um dos companheiros), a sucessão em relação a parte do morto, mas só no que tange a esse bem. Logo, se o bem comprado vale 100 mil, 50 é dela e 50 é dele (meação). Da parte do morto (50 mil), a companheira terá direito a sucessão.

O inciso I fala da concorrência do companheiro com filhos comuns.

Antes de tudo, cumpre ressaltar que existe uma divergência em relação a esse inciso I: discute-se se onde está escrito "filho", deve-se ou não ler "descendentes". Se observarmos o

inciso II, ele fala em descendentes, diferentemente do que se dá no inciso I. Além disso, devemos ter em mente que todo filho é descendente, mas nem todo descendente é filho, como os netos, os bisnetos.

Logo, temos 2 correntes (obs:o Leoni não se posicionou ainda):

1ª) Deve ser dada interpretação restritiva a este inciso, porque o direito é concedido quando há filhos comuns. A lei não mencionou descendentes comuns.

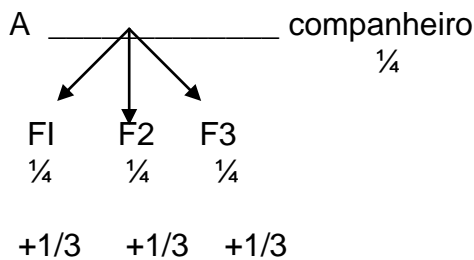
2ª) A interpretação do inciso I deve ser extensiva, ou seja, onde está escrito filhos, leia-se descendentes comuns.

OBS: a análise dos incisos do artigo 1790 será feita sempre com um paralelo do disposto na sucessão do cônjuge.

Inciso I:

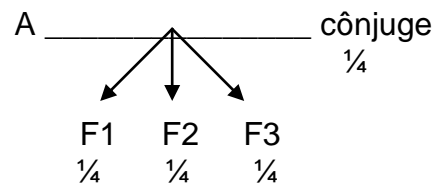
Art. 1790, I

Companheiro



Art. 1832

Cônjuge



Aqui, como são 3 filhos comuns, devemos dividir o patrimônio em 4 partes iguais, pois a lei diz que o companheiro terá direito a mm quota atribuída aos filhos. Logo, será 1/4 para cada um de tudo o que foi comprado durante a união estável (em relação a parte do morto, ou seja, da metade do morto, pois a outra metade é meação da companheiro. Meação não se confunde com direito sucessório. A pessoa é meeira por força do regime).

Os filhos ainda terão direito a 1/3 cada um em relação aos demais bens, que não foram comprados durante a união estável. O companheiro não entra nessa divisão.

Vamos supor o seguinte exemplo: o companheiro já tinha uma casa antes de começar a união estável e veio a adquirir onerosamente um apartamento durante a união estável. Quanto ao apartamento, ficará 1/4 (da parte do morto) para cada um. Quanto a casa que foi adquirida antes da união estável, ela só será dividida entre os 3 filhos. Logo, do apt, a companheira tem direito a metade dela como meeira. Da outra metade (a do morto) ela ainda vai ter direito a 1/4.

Se por exemplo, em relação a essa casa, que foi adquirida antes da união estável, se durante a união tiverem sido feitas benfeitorias na mm, a companheira poderá pleitear a indenização pelas benfeitorias.

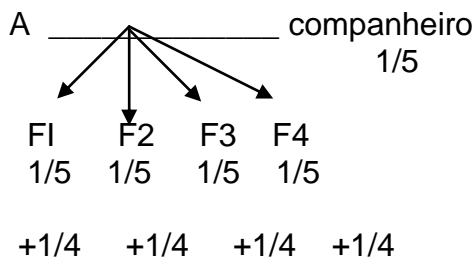
No caso de casamento (casos em que o regime autoriza que o cônjuge possa suceder em concorrência com os filhos), visto paralelamente aqui, ao cônjuge será assegurado uma quota mínima de $\frac{1}{4}$, mas como aqui são apenas 3 filhos será $\frac{1}{4}$ para cada um (se fossem 4 filhos, o cônjuge teria direito a $\frac{1}{4}$ e os outros 4 filhos, dividiriam $\frac{3}{4}$).

No caso do cônjuge, será $\frac{1}{4}$ do todo; no caso do companheiro será $\frac{1}{4}$ do que é comprado durante a união estável.

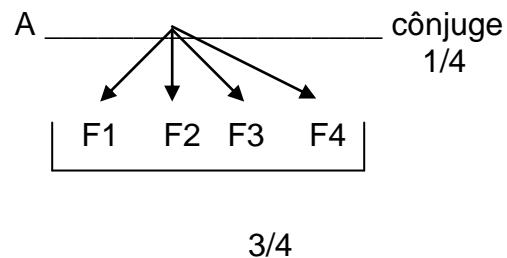
E se o casal vive em união estável e depois se casam? R: Aí tem que ver qual é o regime. A sucessão vai ser de acordo com a sucessão do cônjuge e não do companheiro. Deve-se ver na época do óbito, qual o estado da pessoa: se companheiro ou casado.

E se os companheiros fizeram um pacto antes de começarem a viver em união estável, estabelecendo que nada se comunicaria. Como fica se eles vem a adquirir um bem a título oneroso durante a união estável? R: A lei não está, na verdade, exigindo meação, para ter direito a sucessão, a lei simplesmente fala em bens adquiridos a título oneroso, logo, mm tendo pacto estabelecendo que nada vai se comunicar, a Claudia entende que mm assim a companheira terá direito a sucessão.

Art. 1790, I



Art. 1832



A lei não reserva quota mínima para o companheiro, logo, como são 5 pessoas será dividido igualmente em 5 partes, cabendo $\frac{1}{5}$ para cada uma. Será $\frac{1}{5}$ do que for comprado durante a união estável, relativa a metade que cabe ao morto. Quanto aos demais bens, só os filhos sucedem, sendo $\frac{1}{4}$ para cada um.

No art. 1832, a lei diz que o cônjuge terá direito a quota mínima de $\frac{1}{4}$, logo, os 4 filhos dividirão os outros $\frac{3}{4}$.

Aqui, neste exemplo, vemos que o companheiro terá menos direito que o cônjuge. Pode ocorrer, em alguns casos, que o companheiro tenha mais direitos do que o cônjuge. Ex: tudo o que o morto deixou foi comprado durante a união estável, logo, o companheiro sobrevivente é meeiro de tudo, além de ter direito a **sucessão (aplica-se a união estável o regime da comunhão parcial)**. Se o morto fosse casado pelo regime da comunhão parcial (sabemos que no

regime da comunhão parcial o cônjuge pode ou não suceder: só sucederá se tiver bem particular) e tudo o que ele tem foi comprado durante o casamento, o cônjuge sobrevivente será meeiro, mas não sucederá.

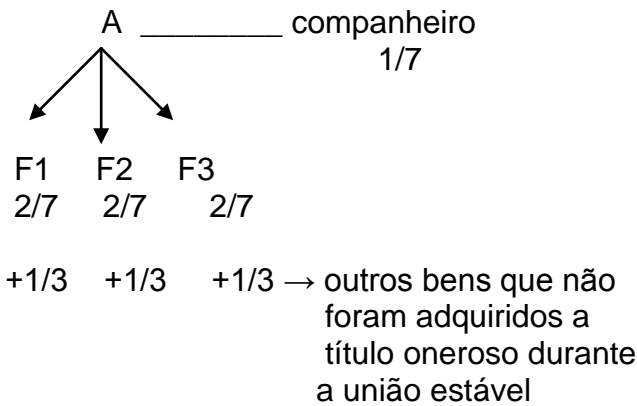
Esse tratamento desigual não é inconstitucional? Temos 2 correntes.

1ª corrente) É inconstitucional, pois a CF diz que todos são iguais, além do que a CF igualou as entidades familiares. Por isso não se poderia dar aos companheiros menos ou mais direitos do que se daria ao cônjuge. (Leoni).

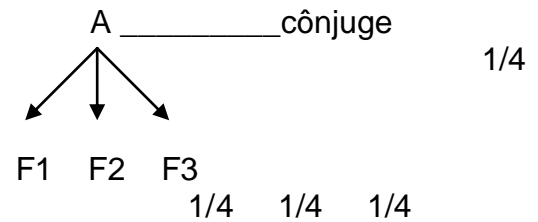
2ª corrente) Essa diferença é constitucional, porém injusta. A CF igualou as espécies de entidade familiar. Ela igualou a família decorrente de casamento, a família decorrente de união estável, mas nunca disse que cônjuge e companheiro tem que ser tratados de forma igual. Essa corrente afirma que tanto não são tratados igualmente, que a mulher casada pode registrar o filho no nome do marido pela presunção da paternidade, já a companheira não tem essa presunção.

Inciso II:

Art. 1790, II



Art. 1832

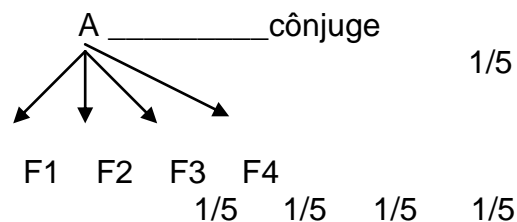
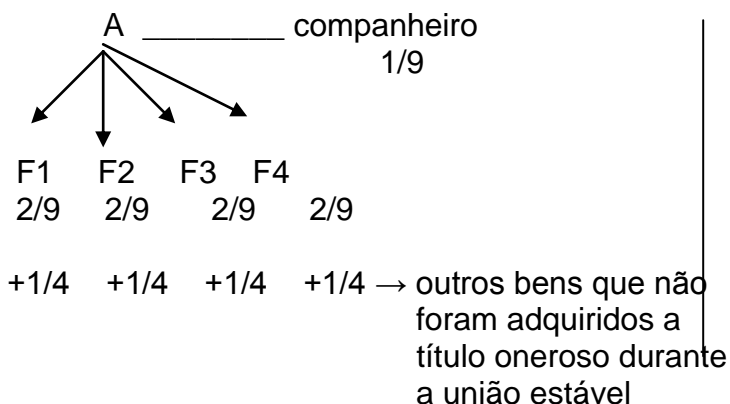


A lei diz que o companheiro terá direito a metade do que o filho recebe. A conta aqui será feita da mesma forma que é feita na sucessão dos colaterais. Logo, colocamos o nº 1 para o companheiro e o nº 2 para os filhos. O denominador da fração é obtido pela soma de todos os números (logo: 1 + 2 + 2 + 2 = 7). Sendo assim, quanto aos bens adquiridos a título oneroso durante a união estável (não esquecer que aqui é só em relação a parte do morto, a metade que lhe cabe, pois a outra metade é do companheiro), o companheiro terá direito a 1/7 e os filhos (filhos só do morto) terão direito cada um a 2/7. Os filhos ainda terão direito a 1/3 cada um, relativos aos outros bens.

Quanto ao cônjuge, divide-se por igual, logo, 1/4 para cada um, de tudo o que o morto deixou. Aqui não há quota mínima para o cônjuge, esta só existirá quando forem filhos comuns.

Art. 1790, II

Art. 1832



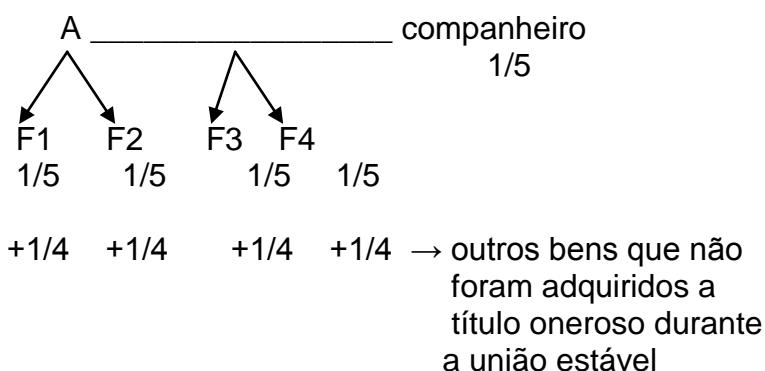
Quanto ao companheiro, continua a mesma regra do caso anterior, só houve o aumento de 1 filho, logo, as frações mudaram.

Quanto ao cônjuge tb continua a mm regra, não havendo quota mínima reservada, pois os filhos não são comuns. Logo, 1/5 para cada um de tudo o que o morto deixou.

OBS: Filhos comuns misturados com filhos só do morto. Aplica-se o art. 1790, I.

Aqui não há divergência, pois a lei diz que o inciso II do art. 1790 só se aplica quando há só descendentes do morto, logo, quando há mistura de filhos, obrigatoriamente deve-se incidir na regra do inciso I. É diferente do caso do cônjuge, pois no art. 1832, a lei fala em concorrência do cônjuge com os descendentes, mas não diz que esses descendentes são descendentes só do morto.

O inciso I do art. 1790 não diz: se concorrer só com filho comum. O inciso I diz: "... se concorrer com filhos comuns...", logo, nada impede que sejam filhos comuns e filhos só do morto.



Inciso III:

Art. 1790, III

OBS: Se entendermos que o inciso I é só para filho comum e não descendente comum (interpretação restritiva), caso a pessoa venha a falecer e deixe apenas netos comuns, aplicaremos a regra do inciso III (“...se concorrer com outros parentes...” e neto é parente). Não se aplica o inciso II, pois este é para netos só do morto e aqui estamos tratando de netos comuns.

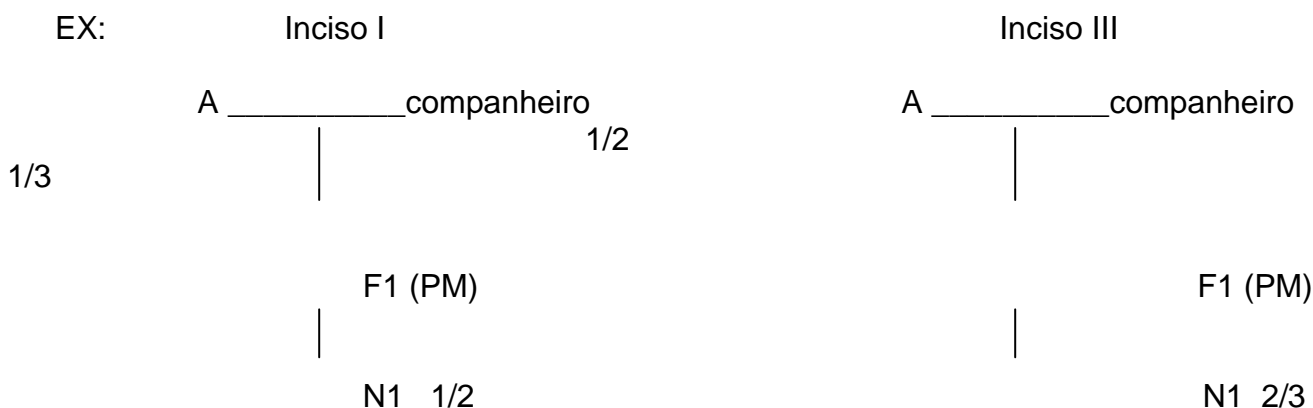
Se entendermos que no inciso I, onde está escrito filho comum devemos ler descendentes comuns (interpretação extensiva), logo o inciso III, será aplicado para os ascendentes e colaterais.

Resumo:

Se entendermos que o inciso I do art. 1790 deve ser interpretado restritivamente, quando o falecido deixa outros descendentes comuns que não são seus filhos, aplicaríamos o inciso III para os descendentes comuns, para os ascendentes e para os colaterais até 4º grau.

Para aqueles que ampliam a interpretação do inciso I, aplicam o inciso III somente para os ascendentes e para os colaterais.

Se interpretarmos o inciso I extensivamente (onde está escrito filho, leia-se descendentes), essa interpretação beneficiará mais o companheiro. No entanto, se interpretarmos o inciso I restritivamente (que este só se aplica aos filhos comuns), essa interpretação pode vir a ser prejudicial ou favorável ao companheiro, dependendo do número de netos comuns.



Neste caso, só há 1 neto, logo pela interpretação restritiva do inciso I, teríamos que aplicar o inciso III, onde o companheiro terá sp uma quota invariável de 1/3. Se, entretanto, entendêssemos que a interpretação correta seria a extensiva, o companheiro sairia favorecido, ele receberia a metade e o neto a outra metade, pois no inciso I não há quota fixa para o companheiro. Neste caso de haver só 1 neto e esse sendo menor, o MP deveria defender a interpretação restritiva do inciso I, com a conseqüente aplicação do inciso III na hipótese.

Já se fossem 3 netos, teríamos pelo inciso III, 1/3 para o companheiro e 2/3 a ser dividido entre os 3 netos. Já se aplicássemos o inciso I, restritivamente, o companheiro sairia prejudicado, pois ele ficaria com ¼, bem como os demais netos.

DIVERGÊNCIA: os incisos III e IV do art. 1790 falam em herança.

O legislador menciona que o companheiro terá direito a herança, surgindo a seguinte divergência:

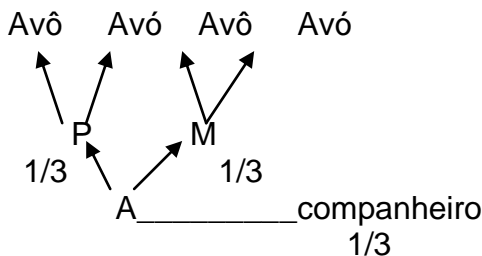
1ª corrente: os incisos, assim como os parágrafos têm que ser interpretados de acordo com o caput, e se o caput diz: ...”quanto aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável..”, logo o companheiro só tem direito a herança daquilo que é comprado durante a união estável. É a corrente mais técnica.

2ª corrente: como o legislador usou o termo herança, compreende-se a universalidade, ou seja, a base de cálculo será tudo o que o morto deixou. É a interpretação mais justa para abrandar a situação do companheiro que já foi prejudicado pelo legislador.

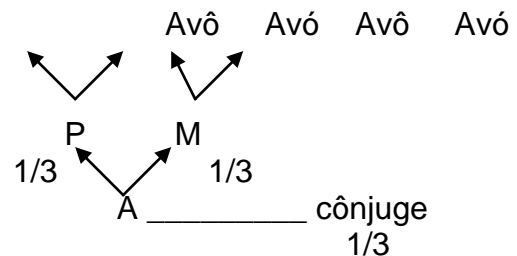
OBS: o Leoni ainda não se posicionou.

Vamos analisar agora os esquemas do inciso III:

Art. 1790, III



Art. 1837



O legislador no inciso III disse que o companheiro terá direito a 1/3 (é quota certa. Não se trata de quota mínima). Logo, indo 1/3 para o companheiro, sobram 2/3, que serão divididos entre o pai e a mãe (o pai recebe 1/3 e a mãe recebe tb 1/3).

Não devemos esquecer que é 1/3 dos bens que foram comprados durante a união estável (e da metade que cabia ao morto). O pai e a mãe, além de receber 1/3 cada um, tb receberam 1/2 cada um, em relação aos outros bens (bens que não foram comprados durante a união estável. Com relação a esses bens o companheiro não sucede).

Com relação ao cônjuge, aplica-se o art. 1837. Havendo pai e mãe, será 1/3 para o cônjuge, 1/3 para o pai e 1/3 para a mãe.

OBS: o inciso III do art. 1790 reserva quota certa de 1/3 para o companheiro. Com base nisso, alguns entendem que o companheiro, por ter quota reservada, seria herdeiro necessário. Por outro lado, tb não se pode considerar ele como herdeiro necessário, pois ele pode ser afastado da sucessão na falta de descendente, ascendente e colateral. Na verdade, ele ficou

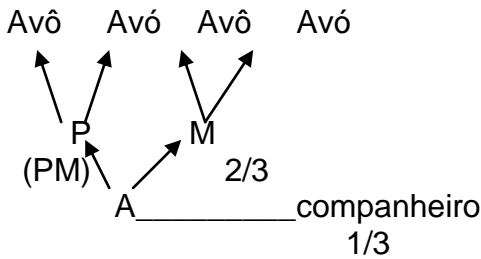
numa zona cinzenta, não se pode dizer que ele é herdeiro necessário, nem que ele não é. O Tepedino diz que ele é herdeiro necessário.

Logo, temos 2 correntes:

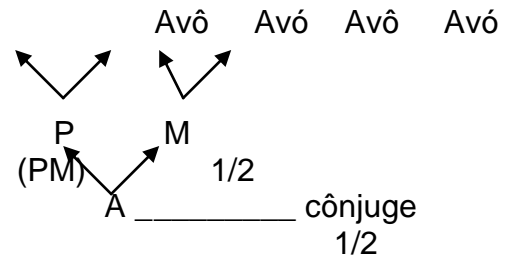
1ª) Gustavo Tepedino: vem sustentando que o companheiro tb é herdeiro necessário, porque a lei reservou parte do patrimônio para ele na sucessão, não podendo ser afastado por testamento quando concorrente com descendentes, ascendentes ou colaterais;

2ª) Maioria: o companheiro não é herdeiro necessário, pois na falta de descendentes, ascendentes e colaterais, eles podem ser afastados da sucessão por testamento e porque o art. 1845 não os considerou como herdeiros necessários.

Art. 1790, III



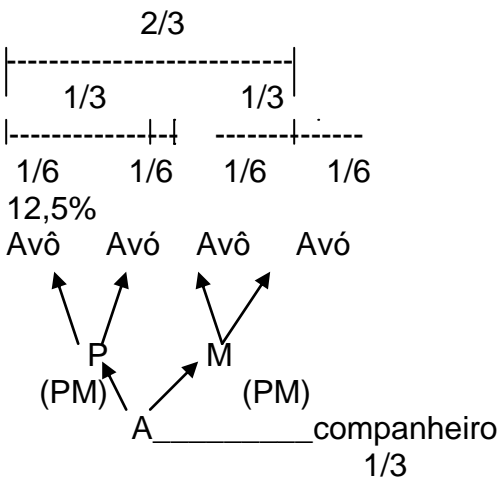
Art. 1837



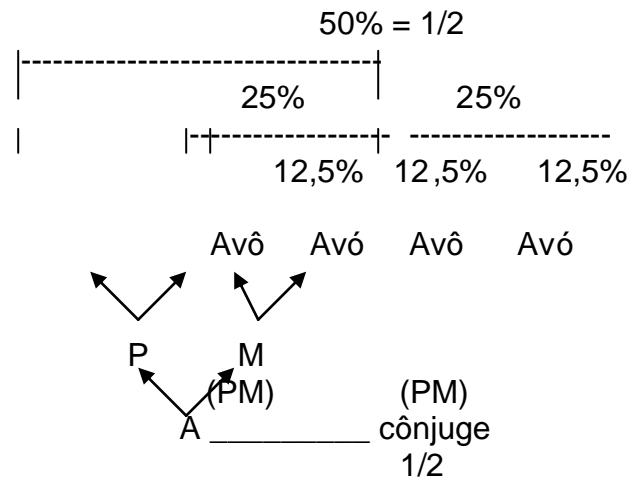
Sendo o pai do autor da herança pré-morto, a mãe fica com 2/3 e o companheiro com 1/3. Já no caso do cônjuge, a lei determina que ele receberá metade, uma vez que só tem 1 ascendente (este receberá a outra metade).

Logo, neste caso, mm que a base de cálculo seja a mm, ou seja, a totalidade dos bens, teremos sempre 1/3 para o companheiro; já o cônjuge pode ter 1/3 ou 1/2.

Art. 1790, III



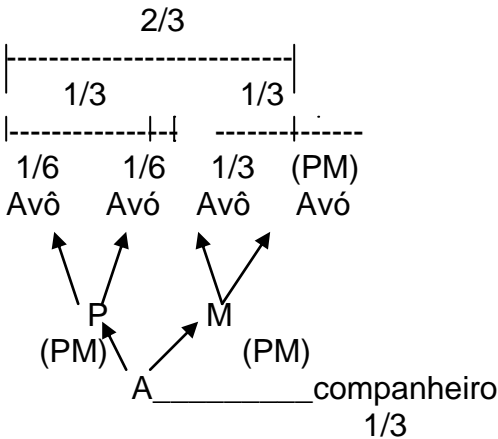
Art. 1837



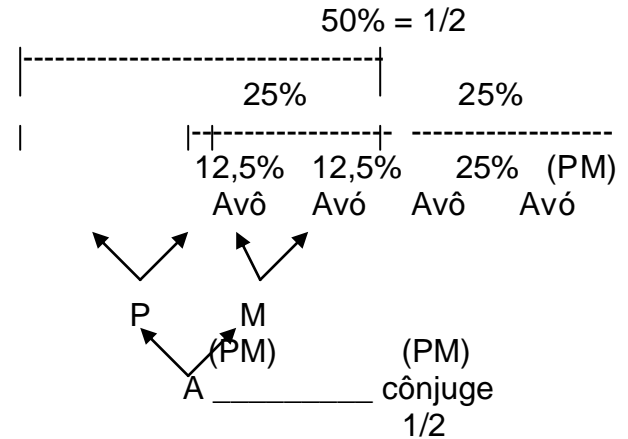
Sendo pai e mãe pré-mortos, o companheiro continuará com 1/3 (é quota certa), logo, vão 2/3 para os avós (divide-se 2/3 por 4, que vai dar 1/6 para cada um deles).

No caso do cônjuge, este fica com a metade e a outra metade é dividida entre os avós (cada um fica com 12,5%).

Art. 1790, III



Art. 1837



Sendo a avó materna pré-morta, o avô materno receberá sozinho 1/3, já que a partilha é feita por linha. No caso do cônjuge, este recebe 1/2 e a outra metade é dividida, ficando 25% para cada linha. Como a avó materna é pré-morta, o avô materno recebe 25%.

E se o companheiro concorrer com colateral?

Antes a lei dizia que na falta de descendentes e ascendentes, sucede o companheiro. Agora a lei diz, no inciso III do art. 1790: "se concorrer com outros parentes sucessíveis". Desta forma, agora, o companheiro só sucederá sozinho na falta de descendentes, ascendentes e colaterais. O companheiro agora está depois do colateral, só quando não tiver qq colateral é que o companheiro sucederá sozinho.

Quando tiver colateral o cálculo será 1/3 para o companheiro e 2/3 para os colaterais. Na prova do MP, o Leoni queria que o candidato falasse que quanto a sucessão do tio, não há mais divergência, sendo certo que o tio só sucede na falta de sobrinhos e o tio sempre vai concorrer com o companheiro (cabendo 1/3 para o companheiro e 2/3 para o tio). Logo, deveria-se levantar essa concorrência entre o tio e o companheiro, que agora existe.

Se não tiver colateral algum, aplica-se a regra do inciso IV.

Inciso IV:

Com já visto há uma divergência em relação a totalidade da herança. Uns entendem que a totalidade é tudo o que o morto deixou. Outros entendem que a totalidade é em relação aos bens comprados durante a união estável, e quanto aos demais bens (que

não foram comprados durante a união estável), se o morto não fez testamento (e na falta de descendentes, ascendentes e colaterais), estes vão pra o município, DF ou União (art. 1819 e ss e art. 1844).

Obs: o Município agora é considerado como arrecadador, por uns e como herdeiro por outros.

HERANÇA JACENTE

Mudanças em relação a sucessão do Município, DF e União:

1ª) Eles não integram mais a ordem de vocação hereditária do art. 1829;

2ª) Quando todos os herdeiros e legatários renunciaram a herança, esta será considerada vacante.

Nós temos uma divergência em relação a natureza jurídica da sentença: uns entendem que é declaratória, outros entendem que é constitutiva.

Se entendermos que ela é declaratória, logo temos que reconhecer que o Município, o DF e a União têm direito de saisine, logo o domínio e posse foram transmitidos imediatamente no momento do óbito. E se tem direito de saisine, temos que reconhecer que eles são herdeiros e se são herdeiros, teriam que estar na ordem de vocação hereditária (o que não ocorre).

No STJ tem prevalecido já há algum tempo o entendimento de que essa sentença é constitutiva, sendo que a transmissão do patrimônio não é imediata. Há a necessidade de uma sentença para que o Município receba os bens. Por isso eles não são herdeiros e não estão na ordem de vocação hereditária.

OBS: Segundo a Claudia, fica difícil sustentar que o Município é herdeiro, pois ele não tem direito de saisine. Se ele fosse herdeiro, ele teria automaticamente o direito de saisine, não importando se está ou não na ordem de vocação.

OBS 2: quanto ao companheiro, a lei em momento algum diz que ele é herdeiro, ela simplesmente diz que ele tem participação na herança. **Apesar de a lei não dizer que ele é herdeiro, segundo a Claudia, ele deve ser considerado como tal, pois ele tem o direito de saisine, o patrimônio é transmitido automaticamente com a morte.**

Logo, temos 2 correntes quanto a natureza jurídica da sentença de vacância:

1ª) Declaratória.

Fundamentos:

- a lei, nos artigos 1819 a 1823, excetuando-se o artigo. 1821, determina que a sentença declara vacante o patrimônio (esse é um fundamento legal);

- Esse fundamento só pode ser adotado se a sucessão for regida pelo CC 1916 (morte sob a vigência do CC 1916). O código anterior colocava o ente público na ordem de vocação

hereditária, entendendo-se que tinha direito de saisine. Pelo NCC não pode ser usado esse fundamento.

2ª) Constitutiva (STJ)

Fundamentos:

- Município, DF e União não têm direito de saisine, porque o domínio e posse não são imediatamente transmitidos no momento do óbito. Eles dependem de sentença de vacância;

- eles não integram mais a ordem de vocação hereditária, são apenas meros ARRECADADORES.

Agora, segundo a Claudia ficou pior que antes, pois antes se podia dizer que o Município estava na ordem de vocação hereditária, que era herdeiro, tinha direito de saisine. Agora, ele não está na ordem de vocação hereditária, não tem direito de saisine, não tem transmissão automática dos bens e mm assim há vários dispositivos na lei dizendo que será “declarada”. Logo, ficou sem técnica.

SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA

Não há direito de representação na sucessão testamentária, esta é sempre intuito personae. O ato é sempre personalíssimo do testador. Logo, se eu faço um testamento deixando meus bens para uma pessoa e quando da minha morte essa pessoa já é morta, os herdeiros dessa pessoa não receberão meus bens, quem receberá esses bens serão meus herdeiros legítimos. Nada impede, entretanto, que eu estipule no testamento outras pessoas para receberem em substituição.

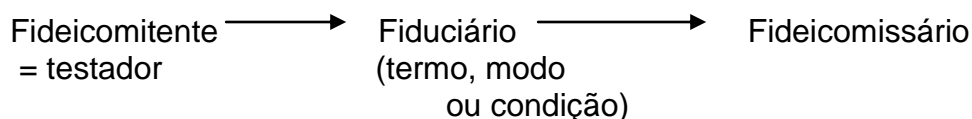
FIDEICOMISSO

Diferença entre substituição vulgar e fideicomissária:

Substituição vulgar: se caracteriza pela existência de apenas uma única transmissão. O primeiro que sucede afasta os demais. Ex: faço um testamento dizendo: deixo os meus bens para João. Caso João não queira ou não possa aceitar, esses bens irão para Maria; caso ela não queira ou não possa, eles vão para José.

Substituição fideicomissária:

Temos 3 figuras:



Aqui, diferentemente do que ocorre na substituição vulgar, sempre teremos 2 transmissões sucessivas.

Novidade: art. 1952, caput. Logo, agora o fideicomissário só pode ser o concepturo (aquele que não foi concebido). Não se pode mais estipular como fideicomissário uma pessoa existente ao tempo do óbito do testador.

Desta forma, agora temos que observar o seguinte: ao tempo da morte do testador, o fideicomissário já havia sido ao menos concebido? Se a resposta for negativa, e vindo o fideicomissário a ser concebido e nascer com vida, ele sucederá. **Se entretanto, quando da morte do testador, o fideicomissário já existia, ele será nu-proprietário dos bens e o fiduciário será usufrutuário.**

O p. único trata do caso em que ao tempo da morte do testador, o fideicomissário já tinha nascido. E o caput trata do caso em que o fideicomissário não havia sequer sido concebido. E quanto ao caso do fideicomissário ter sido concebido, mas ainda não ter nascido (é o caso em que ele está sendo gerado), quando da morte do testador? Como se regula essa hipótese? Há 2 correntes, que veremos a seguir.

Resumo: o primeiro problema que surge no caso do fideicomisso, ocorre se o fideicomissário já tiver sido concebido, porém não nascido ao tempo da morte do testador, isto porque, de acordo com o caput do art. 1952 só se admite fideicomisso para os não concebidos e conforme o parágrafo único deste artigo, se já tiver nascido ao tempo do óbito, o fideicomissário será considerado como nu-proprietário, enquanto que o fiduciário como usufrutuário. **Por isso, se já for concebido, mas não nascido, não tem regulamentação legal, surgindo 2 correntes:**

1ª) o fideicomisso caduca, consolidando-se a propriedade nas mãos do fiduciário, por causa das restrições legais (corrente mais técnica);

2ª) nascendo com vida, ele será tratado para uns como nu-proprietário, para outros como fideicomissário. Em ambas as hipóteses, tenta-se interpretar de acordo com a vontade do testador, que era a de beneficiar prole eventual de determinada pessoa.

Rio, 26/02/03

Diferenças entre fideicomisso e usufruto

FIDEICOMISSO	USUFRUTO
1) o exercício dos direitos se dá sucessivamente, 1º exerce o fiduciário, quando termina o direito deste, começa o do fideicomissário;	1) o usufrutuário e o nu-proprietário exercem seus direitos concomitantemente. O usufrutuário com o uso e a fruição e o nu-proprietário com a disposição e a reivindicação;
2) o fideicomisso só pode beneficiar o não concebido até o óbito do testador;	2) o usufrutuário assim como o nu-proprietário tem que ser pessoas nascidas;
3) Natureza jurídica: espécie de	3) Natureza jurídica: direito real sobre coisa

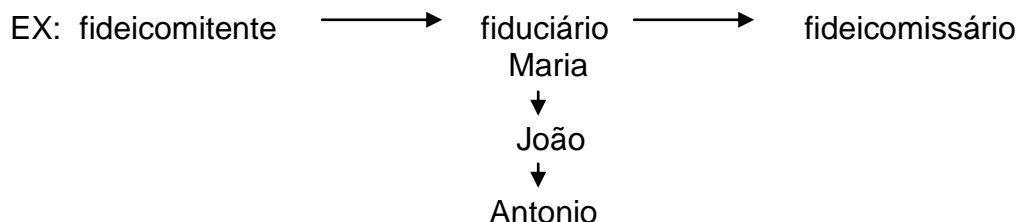
substituição testamentária;	alheia de fruição;
4) o fiduciário pode alienar o bem fideicomitido. Quando o fiduciário morrer ou passar o tempo previsto no testamento ou for cumprida a condição, o adquirente entregará o bem para o fideicomissário (o adquirente sabe que está comprando propriedade resolúvel, pois o bem fica registrado no RGI como fideicomitido. Caso o bem não estivesse registrado como fideicomitido, o fiduciário responderia pela evicção).	4) o usufrutuário não pode alienar o bem. No entanto, o nu-proprietário pode. Há uma divergência, na parte de direito real, sobre quem pode ser adquirente desse bem. Uns entendem que só o usufrutuário pode adquirir esse bem, outros entendem que o nu-proprietário pode vender para qq pessoa, desde que esse 3º adquirente tenha ciência da existência do usufruto e permaneça o usufruto.
<p>5) o fideicomisso, de acordo com o NCC só pode ser estipulado em testamento. O art. 547, p único está proibindo o fideicomisso nas doações.</p> <p>Este p único diz: “não prevalece cláusula de reversão em favor de 3º ”. Pode reverter pro pp doador, mas não pode reverter para o 3º. Antes (CC 1916) o doador podia dizer: caso o donatário faleça antes de mim, eu quero que esse bem vá para fulano. Isso constitui um verdadeiro fideicomisso por ato inter vivos. Agora, a lei proíbe isso.</p> <p>OBS: de acordo com o CC 1916 havia uma divergência se era possível fideicomisso nas doações.</p> <p>1ª corrente: majoritária jurisprudencial. Podia fideicomisso nas doações.</p> <p>Fundamentos: - não havia vedação legal e o ato não era contrário aos bons costumes e nem a moral.</p> <p>2ª corrente: minoritária. Orlando Gomes e Caio Mário. Fideicomisso só em testamento.</p> <p>Fundamentos: - o fideicomisso estava previsto no livro das sucessões. A lei menciona os termos herdeiro e legatário, que é típico de sucessão causa mortis; - não existe herança de pessoa viva.</p>	5) o usufruto pode ser estipulado tanto nas doações como em testamento;

6) o fiduciário tem apenas a propriedade resolúvel.	6) o nu-proprietário tem propriedade, porém destacados certos poderes do domínio.
---	---

Obs: as 2 primeiras diferenças são as principais, são aquelas que realmente vão diferenciar o fideicomisso do usufruto. Elas têm que estar numa prova.

Em relação ao fideicomisso não houve mais nenhuma alteração.

O que pode vir a cair sobre fideicomisso em uma prova seria o caso em que se institui uma substituição vulgar dentro do pp fideicomisso.



O fideicomitente pode estipular quem será o substituto do fiduciário ou do fideicomissário. Ou seja, ele pode dizer: O fiduciário será Maria, mas caso ela não possa ou não queira aceitar, quem sucederá será João... Caso João aceite, automaticamente Antonio estará excluído da sucessão.

O fideicomitente pode tb instituir como fiduciário 2 pessoas conjuntamente, sem estipular quinhões determinados. Ex: Maria e João. Se Maria não quiser, renunciar, for pré-morta, indigno, João terá direito de crescer.

Caso o fideicomitente tenha estabelecido quinhões determinados, não caberá direito de crescer. Aí teremos: se foi estipulado, por exemplo, 30% para Maria e 70% para João, e Maria não quiser, os seus 30% vão para o fideicomissário.

Art. 1668, II

No CC 1916 já tinha essa norma.

Vamos supor que Maria seja o fiduciário e ela seja casada no regime da comunhão universal com Pedro. Como se trata de fideicomisso, a lei estipula que esse bem recebido em fideicomisso pela Maria, não vai comunicar a Pedro. Esse bem não comunica, pois a Maria, depois, vai ter que entregar o bem, todo ele, para o fideicomissário. Se comunicasse, Maria só poderia entregar metade, já que a outra metade pertenceria a Pedro.

O inciso tb fala que o direito do herdeiro fideicomissário não se comunica antes de realizada a condição suspensiva. Isso pq antes de realizada a condição suspensiva, o fideicomissário tem mera expectativa de direito. Se ele tem mera expectativa de direito, o cônjuge dele (do fideicomissário) não terá direito algum ao bem. **Por isso, se o fideicomissário e o seu cônjuge se separarem antes do cumprimento da condição, o cônjuge do fideicomissário não leva nada, uma vez que na época da transmissão do bem ao fideicomissário não havia**

mais casamento. Não interessa se eles eram casados ao tempo da morte do testador, o que interessa é se no momento da transmissão eles estavam ou não casados.

Resumo:

- se o fiduciário for casado pelo regime da comunhão universal, não será meeiro do bem fideicomitido;

- se á época do cumprimento da condição, o fideicomissário for separado do seu cônjuge, ele herdará o bem e não terá que dividi-lo com seu ex-consorte, pq á época da 2ª transmissão eram separados, não importando se eram casados ao tempo da morte do testador. Antes do cumprimento da condição, o fideicomissário tem mera expectativa de direitos. Se ao tempo do cumprimento da condição eram casados pela comunhão universal, o fideicomissário herda e o cônjuge será meeiro.

OBS: se por qq motivo a propriedade se consolidar nas mãos do fiduciário, o bem se comunicará com seu consorte se casado pela comunhão universal.

E se a transmissão se der quando os cônjuges estiverem separados de fato? R: De muito tempo, já se consolida o entendimento, inclusive no STJ, de que os bens adquiridos durante a separação de fato, não comunicam, quando esta separação é de 2 anos ou mais. Tanto os adquiridos a título oneroso quanto a título gratuito. Logo, antes de 2 anos de separação de fato, os bens comunicariam. A Claudia acredita que esse entendimento deva ser mantido.

CLAUSULA DE INALIENABILIDADE, INCOMUNICABILIDADE E IMPENHORABILIDADE

São chamadas de cláusulas restritivas de direitos O Leoni adora perguntar isso em prova oral: quais são as cláusulas restritivas de direitos?

Mudanças:

1ª) Antes, a lei admitia que o testador determinasse a conversão dos bens da legítima em outros de espécie diversa. Ex: o patrimônio do testador eram ações. O testador, em testamento, poderia determinar que essas ações seriam vendidas e deveriam ser comprados imóveis. O NCC vem proibindo esse tipo de cláusula. Vide art. 1848, parág. 1º.

Logo, antes (CC 1916) havia 4 cláusulas: inalienabilidade, incomunicabilidade, impenhorabilidade e conversão de bens da legítima em outros de espécie diversa. Agora, pelo NCC só há 3 cláusulas: inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade

2ª) O testador só poderá impor essas cláusulas sobre a legítima se fundamentar. Se não houver justificativa, não permanecem as cláusulas, o juiz vai poder mandar levanta-las. Quanto a parte disponível da herança, não há qq restrição, o testador pode impor qq uma das 3 cláusulas e não precisa justificar. A justificativa só é obrigatória quanto aos bens que compõem a legítima.

E se o testamento foi feito na vigência do CC 1916, quando não se exigia justificativa?
R: O testador tem o prazo de 1 ano para adaptar (art. 2042), ou seja, para apresentar uma justificativa.

OBS: o art. 2042 fala em adaptar. Isso não existe. Não há como adaptar um testamento, riscar, puxar seta, etc... Deve-se fazer um novo testamento.

E se o testamento foi feito na vigência do CC 1916 e o testador vem a falecer no 1º dia da entrada em vigor do NCC, ou seja, ele não teve tempo para adaptar? R: Está dentro do prazo de 1 ano, logo, as cláusulas serão válidas, eles permanecerão. Há, no entanto, entendimento no sentido de que mm que o testador venha a falecer no 1º dia da entrada em vigor, se já não tivesse sido feito novo testamento a cláusula poderia ser levantada pelo juiz.

Obs: o art. 2042 se refere tão somente as cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade, não falando sobre a previsão das cláusulas de conversão dos bens da legítima. Logo, se o testamento foi feito na vigência do CC 1916, prevendo essa cláusula de conversão e a morte se dá após a entrada em vigor do NCC esta cláusula não valerá. A conversão não poderá ser imposta aos herdeiros (no 1º dia que entrou em vigor já era), eles converterão se quiserem.

Resumo: de acordo com o art. 2042, o testador terá o prazo de 1 ano a contar da vigência do NCC, para justificar as cláusulas restritivas impostas sobre a legítima, por isso, ocorrendo o falecimento após mais de 1 ano da entrada em vigor do NCC, não prevalecerá a cláusula restritiva. Se a morte for anterior a 1 ano, há quem entenda que a cláusula permanece (maioria) e outros entendendo que não prevaleceria.

Obs: a não justificativa, atingirá o plano da eficácia da cláusula. O testamento será válido, mas a cláusula imposta não será eficaz, pois há a condição legal que a cláusula seja justificada. Por isso, o herdeiro ou legatário vai receber o bem sem estar gravado.

OBS: na doação, pode-se fazer um adiantamento de legítima. E quando se faz um adiantamento da legítima na doação, tb pode-se impor cláusula de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade. O problema é que a lei não exige justificativa no caso da doação, só no caso do testamento, logo isso pode gerar fraude (a pessoa faz o adiantamento da legítima, doando o bem, impõe as cláusulas e não justifica). Logo, é bom que o doador justifique, para que depois não se fale que o doador cometeu fraude a lei.

Resumo: de acordo com o NCC, as cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade só podem ser apostas à legítima, se o testador justificar. Não há restrição quanto a disponível.

Ex de justificativas: o herdeiro ou legatário ou seus cônjuges é viciado em jogo, álcool, drogas, é pródigo não interdito. Eu não vou falar que não gosto do meu genro, da minha nora, isso não é justificativa, apesar de que a lei não especificou quais são as cláusulas, ficou muito subjetivo, cabendo ao juiz analisar. Logo, agora, se o motivo alegado pelo testador não existir ou deixar de existir, pode-se pedir o levantamento dessas cláusulas.

O examinador de processo civil do MP sempre faz a seguinte pergunta: uma pessoa recebe um bem gravado com cláusula de inalienabilidade e o pp ou o filho, por exemplo, está gravemente doente, sendo que o mm não tem qq outro bem. Essa pessoa pede, então a alienação desse bem, em juízo. O examinador quer você diga que deve ser dada a tutela antecipada, autorizando a venda, mm que o bem esteja gravado com a cláusula, isso face ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade, deve-se fazer uma ponderação dos interesses. O bem jurídico vida é de valor maior que o bem patrimônio. Além disso, pode-se alegar que a CF garante o direito a propriedade, devendo este direito ser pleno, sem restrições, não podendo o bem ficar fora do comércio.

Art. 1911: a cláusula de inalienabilidade implica em incomunicabilidade e impenhorabilidade. Essas cláusulas podem ser impostas sobre qq bem, seja móvel ou imóvel, o problema é que no caso de bem móvel vai ser difícil fazer o controle sobre eventuais vendas, pois esses bens não tem registro.

No art. 1911 fazer remissão ao art. 1848 e vice-versa.

Obs: as vezes, pode o juiz permitir que se venda um bem com cláusula de inalienabilidade para que se compre um outro bem (por conveniência econômica, por exemplo), o qual será sub-rogado. O testador, no entanto, não pode estipular que se o bem vier a ser vendido, o herdeiro terá que comprar um carro, por exemplo, que terá que comprar uma coisa determinada.

Questão que costuma cair em concurso: bem inalienável pode ser usucapido?

1ª corrente: pode (majoritária).

Fundamento: usucapião é modo originário de aquisição da propriedade.

2ª corrente: bem inalienável é coisa fora do comércio, não podendo ser usucapido.

DIREITO DE ACRESCEER

Cai muito em prova. Não teve mudança.

Ex: faço 1 testamento e digo: deixo minha casa de praia para Maria, José e João. Eu não digo em que proporção, não estabeleço quinhão, logo, se 1 deles for pré-morto, indigno, renunciante ou não cumprir a condição imposta no testamento, a parte dele vai acrescer aos demais.

No entanto se eu digo no testamento: deixo 1/3 da minha casa de praia para Maria, 1/3 para José e 1/3 para João, não haverá direito de acrescer e sendo 1 deles pré-morto, indigno, renunciante ou não cumprindo a condição imposta no testamento, a parte dele vai para os meus herdeiros legítimos. Isso pq o testamento é sempre personalíssimo e intuito personae, não podendo ninguém mudar a vontade do testador. O testamento caduca em relação ao 1/3.

Logo, são **requisitos** do direito de acrescer:

1) Pluralidade de sucessores;

2) Os sucessores são todos beneficiados no mesmo testamento, porque se forem testamentos diferentes, há revogação (ex: faço 1 testamento e digo que deixo meu carro para Maria. Depois, faço outro testamento e digo que deixo meu carro para João. Nesse caso, entende-se que o 2º testamento revogou o 1º);

3) Os quinhões devem ser não determinados;

4) A disposição deve ser conjunta.

Regras:

1ª) Quando não há direito de acrescer, o beneficiado é o herdeiro legítimo do testador, porque ocorreu caducidade parcial do testamento.

Exceção a essa regra: quando não há direito de acrescer entre co-usufrutuários, o beneficiado é o nu-proprietário (e não o herdeiro legítimo do morto).

Na verdade, essa exceção é a regra de todo usufruto. Sempre que o usufruto se extingue, o nu-proprietário passa a ter a propriedade plena.

Caiu uma pergunta sobre isso uma vez numa prova específica de delegado.

Vejamos um exemplo: deixo uma casa em usufruto, sendo João o nu-proprietário e Maria e Cris usufrutuárias. Como eu não determinei o quinhão de cada co-usufrutuária, há direito de acrescer. Caso 1 delas seja pré-morta, indigna, renunciante ou não cumprir a condição imposta no testamento, a outra vai ter o usufruto de toda a casa. Agora, se eu estabelecer o quinhão de cada uma delas, dizendo, por exemplo, que cada uma vai ter o usufruto de metade da casa, neste caso, se Maria é pré-morta, indigna, renunciante ou não cumprir a condição imposta no testamento, a Cris continuará usufrutuária da sua metade e a metade da Maria se consolidará nas mãos do João. Logo, ele terá propriedade plena da metade e nu-propriedade da outra metade.

2ª) Quando os quinhões não são determinados, há direito de acrescer.

Exceção a essa regra: não há direito de acrescer se houver previsão de substituição testamentária. Ex: deixo minha casa de praia para João e para Maria, mas caso algum deles não queira ou não possa aceitar minha fortuna, Manoel me sucederá. Neste caso, se Maria for pré-morta, indigna, renunciante ou não cumprir a condição imposta no testamento, a casa ficará com João e Manoel. Logo, aqui a substituição afasta o direito de acrescer.

CONJUNÇÕES

É a forma como se faz a liberalidade no testamento. Pode-se fazer tudo numa cláusula só, em cláusulas diferentes, pode-se deixar o mm bem na mm cláusula, o mm bem em cláusulas distintas... Enfim, dependendo de como é redigido o testamento é que nós verificaremos se há ou não direito de acrescer. O Leoni sempre pergunta isso na oral.

1ª espécie: Conjunção *re et verbis*

Tradução: conjunção real e verbal. Também chamada de conjunção mista.

Vamos destrinchar essa conjunção:

- conjunção *re*: existe quando o testador deixa a mesma coisa para 2 ou mais pessoas;

- conjunção *verbis*: há conjunção *verbis* quando o testador, na mesma verba (mm cláusula), beneficia 2 ou mais pessoas.

Logo, a conjunção *re et verbis* significa que o testador na mm cláusula, deixou a mm coisa para 2 ou mais pessoas.

Ex de herança: vamos supor que a 1ª cláusula do testamento seja: deixo 20% de meus bens para João e para Maria. Logo, eu deixei a mm coisa (20%), na mm cláusula (a 1ª) para 2 ou mais pessoas.

Ex de legado: vamos supor que a 1ª cláusula do testamento seja: deixo minha casa de praia para João e para Maria. Ou seja, deixei a mm coisa (casa de praia), para 2 ou mais pessoas na mm cláusula do testamento.

OBS: nos 2 casos há direito de acrescer, porque o testador beneficiou 2 ou mais pessoas, na mm cláusula, com o mm bem.

2ª espécie: Conjunção *re tantum*.

Tradução: conjunção real.

Vejamos:

- conjunção *re*: existe quando o testador deixa a mesma coisa para 2 ou mais pessoas.

Ex de legado: vamos supor que a 4ª cláusula do testamento seja: deixo minha casa de praia para João e a 6ª cláusula do testamento seja: deixo minha casa de praia para Maria. Logo, aqui vai ter direito de acrescer, pois é a mm casa de praia. Eu poderia ter feito tudo numa cláusula só, mas não fiz. Desta forma, vai ter direito de acrescer caso algum deles não queira ou não possa aceitar a fortuna. Assim, se Maria for Pré-morta, João fica com a casa toda. Aqui, há direito de acrescer, pois o mm bem foi deixado para 2 ou mais pessoas, apesar de serem cláusulas distintas do mm testamento.

OBS: conjunção *verbis*: não tem nesse caso, pois o testador beneficiou 2 ou mais pessoas em cláusulas distintas do testamento. Ex: vamos supor que a 3ª cláusula do testamento seja: deixo 20% dos meus bens para João e que a 8ª cláusula do testamento seja: deixo 20% dos meus bens para Maria. Aqui, percebemos que não há direito de acrescer, pq a Maria vai receber 20% e João vai receber outros 20%, uma vez que foram beneficiados em cláusulas distintas do mm testamento. Como são cláusulas diferentes, há heranças diferentes, para pessoas diferentes. Não há que se falar em direito de acrescer, pois não se tem pluralidade de sucessores para o mm bem (aqui, há pluralidade de sucessores dentro do mm testamento). No entanto, há 1 exceção a essa regra: se você deixa toda a herança para 1 pessoa e no mm testamento você diz que deixa toda a herança para outra pessoa (ex: 1ª cláusula: deixo toda a minha fortuna para João e 2ª cláusula: deixo toda a minha fortuna para Maria), vai ter direito de acrescer se um deles faltar.

Logo, no caso de 20% para um e 20% para outro não há direito de acrescer pois são coisas diferentes deixadas para pessoas diferentes.

3ª espécie: *Conjunção verbis tantum.*

Tradução: conjunção verbal

OBS: Não há conjunção re, pq são coisas diferentes deixadas para pessoas diferentes, mas há conjunção verbis, pq o testador, na mesma cláusula beneficiou pessoas diferentes.

Ex de herança: vamos supor que a 7ª cláusula do testamento seja: deixo 20% de meus bens para João e 20% para Maria.

Ex de legado: vamos supor que a 9ª cláusula do testamento seja: deixo minha casa de praia pra João e minha casa de campo para Maria.

OBS: não há direito de acrescer, em nenhum dos 2 exemplos acima, pois não há pluralidade de sucessores para o mesmo bem.

Substituição recíproca: é o caso em que o testador beneficia várias pessoas no testamento e essas pessoas vão, entre si, se substituir caso alguma delas falte. Ex: o testador estipula: deixo a minha casa de campo para Maria, minha casa de praia para João e meu apartamento para Joaquim. Caso algum deles falte ou não queira me suceder, os outros beneficiados ficarão com o bem.

Se Joaquim for pré-morto, indigno, renunciante ou não cumprir a condição, o apartamento ficará para Maria e João.

Isso é diferente do direito de acrescer, pois aqui há 3 sucessores, só que cada 1 tem um bem distinto, logo, se cada um tem um bem determinado, não há de se falar em direito de acrescer.

A substituição recíproca está prevista no art. 1950.

O art. 1948 trata em sua 1ª parte da substituição vulgar e em sua 2ª parte (“... e ainda substituir...”) da substituição recíproca.

Dúvidas diversas:

1) O pai pode ser destituído em relação ao poder familiar, só em relação a 1 dos filhos?

R: Sim.

2) O filho menor está recebendo alimentos do pai. Ao completar 18 anos, caso ele esteja fazendo faculdade, prorrogam-se automaticamente os alimentos até 24 anos. O pai, para se exonerar é que precisa fazer um pedido de exoneração nos autos da ação de alimentos (caso em que o pai não tem mais condições, por algum motivo de prestar alimentos ao filho).

3) Vamos supor que um pai com 3 filhos, só 1 dos filhos tenha condições de prestar alimentos e este filho fica prestando alimentos durante 5 anos. Depois desses 5 anos, os outros 2 filhos passam a ter condições de prestar alimentos tb. Neste caso, os 3 deverão prestar. O filho que está pagando sozinho vai entrar com uma revisional em face do pai, para diminuir o quantum que ele presta, tendo em vista a possibilidade agora existente de prestar pelos outros 2 irmãos. O pai, nessa mesma ação, pode informar que os outros filhos tem condições de prestar. Ou pode o pp pai, sabendo da possibilidade dos outros 2 filhos, pedir alimentos em face dos outros 2 direto, não precisando nem esperar que o filho ajuíze a revisional.

4) Dispensa de inventário: é só para os casos em que o falecido não deixa bens. Se o falecido só tiver um bem móvel (um carro, por exemplo), mm assim não pode haver dispensa de inventário, pois não há como transferir o carro para o nome do herdeiro sem inventário. Pode-se até fazer um arrolamento.

OBS: inventário negativo: prova-se no inventário que a pessoa não deixou bens a partilhar.

5) Cálculo da legítima, quando há adiantamento (art. 2002, p único). Ex: fulano tem um patrimônio de 110 e deixou 10 de dívida. O patrimônio líquido dele, vai ser correspondente a 100. Esse patrimônio líquido deve ser dividido em partes iguais: logo será 50 de legítima e 50 de disponível. E à legítima eu vou somar o valor do que eu adiantei (doação). Se a doação foi no valor de 20, logo a legítima será de $50 + 20 = 70$.

6) No caso de doações sucessivas, em que um indivíduo tenha, por exemplo um patrimônio de 500 e doa 250 para um amigo. Espera passar 5 anos e doa mais 100 para outro. Neste caso, houve fraude a lei, pois houve invasão da legítima.

Obs: isso é caso de doação inficiosa. Doação inficiosa é aquela que invade a legítima do herdeiro necessário, sendo o excesso nulo. O prazo para se alegar é de 10 anos. A maioria entende que o prazo para o herdeiro alegar a doação inficiosa começa a contar da data do óbito.

7) O número de testemunhas na elaboração dos testamentos foi alterado pelo NCC que passou a exigir um número inferior. Logo, se um testamento foi feito na vigência do CC 1916, onde se exigia um número x de testemunhas e o óbito ocorreu na vigência do NCC, onde esse número é menor, aplica-se esse número menor, pois a lei que se aplica é a da data do óbito.

FIM