

UMA ANÁLISE CRÍTICA DO ARTIGO 1.830 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO: LEGITIMIDADE SUCESSÓRIA DO CÔNJUGE SEPARADO DE FATO

Patricia Ferreira Rocha¹
Rodolfo Pamplona Filho²

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo analisa a equivocada construção legal do art. 1.830 do Código Civil, na parte em que atribui legitimidade sucessória ao cônjuge separado de fato, criticando a invocação de critério temporal e de investigação de culpa na ruptura da união conjugal para efeito de prolongamento do direito sucessório do consorte supérstite quando já rompida concreta, mas informalmente, a comunhão de vidas estabelecida pelo casamento.

Para atingir o objetivo proposto, o artigo divide-se em quatro partes. Na primeira, analisa-se o conceito e a finalidade do instituto do casamento, com ênfase no aspecto colaborativo mútuo entre os cônjuges, nas esferas pessoal e patrimonial. Na segunda, o conceito e efeitos pessoais e patrimoniais da separação de fato, enquanto momento do efetivo rompimento da sociedade conjugal. No terceiro, procede-se a uma breve compreensão do Direito das Sucessões, direcionando o estudo para as condições fáticas em que deve estar o cônjuge para que seja reconhecido como herdeiro, segundo o ordenamento jurídico pátrio. No quarto, analisam-se os parâmetros fixados pelo art. 1.830 do Código Civil, buscando evidenciar o equívoco de sua aplicação diante da situação do cônjuge separado de fato, quer

¹ Mestranda em Direito Civil pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Professora titular do curso de graduação em Direito desde 2009, lecionando atualmente na Faculdade de Maceió – FAMA e na Faculdade Cesmac do Agreste. Professora Substituta da Pós-Graduação em Direito e Processo Civil do Centro Universitário Cesmac de Maceió. Advogada e Conselheira Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, seccional de Alagoas.

² Professor Titular do Curso de Direito e do Mestrado em Direito, Governança e Políticas Públicas da UNIFACS - Universidade Salvador e Professor Associado I da Graduação e Pós-Graduação Stricto Sensu (Mestrado e Doutorado) da UFBA - Universidade Federal da Bahia. Coordenador dos Cursos de Pós-Graduação em Direito Civil e em Direito e Processo do Trabalho da Faculdade Baiana de Direito desde 2013. Coordenador dos Cursos de Pós-Graduação On Line em Direito e Processo do Trabalho e em Direito Contratual da Estácio, em parceria tecnológica com o CERS, desde 2016. Possui Graduação em Direito pela Universidade Federal da Bahia (1994), Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1997), Mestrado em Direito Social pela UCLM - Universidad de Castilla-La Mancha (2012) e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2000). Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho (tendo exercido sua Presidência, Vice-Presidência, Secretaria Geral e Coordenação Regional da Bahia, sendo, atualmente, Presidente Honorário da instituição), Academia de Letras Jurídicas da Bahia (atualmente, exercendo a sua Presidência, depois de ter exercido sua Secretaria Geral por três gestões anteriores), Academia Brasileira de Direito Civil (ABDC), Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCivil) e Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFam). Juiz do Trabalho concursado, com posse e exercício em 10/07/1995, sendo, atualmente, titular da 32ª Vara do Trabalho de Salvador/BA, desde junho/2015.

seja tomado como critério de legitimidade o fato isolado da ruptura da vida em comum, o aspecto temporal ou o de averiguação de culpa nesta separação.

2 CONCEITO E FINALIDADE DO CASAMENTO

O instituto do casamento trata-se da mais antiga forma de se constituir uma família e, até a constituição Federal de 1988, a única entidade familiar juridicamente reconhecida. Em razão da ausência de um conceito legal, a definição de casamento sempre suscitou controvérsias doutrinárias. De um lado, defende-se a sua natureza contratual, em virtude da necessidade de consentimento dos nubentes para sua formalização, e de outro, atribui-se um caráter institucional, em razão das normas de ordem pública que impõem uma série de direitos e deveres recíprocos entre os cônjuges limitadores da sua autonomia privada.

Como um meio termo entre essas duas orientações, uma boa parcela da doutrina brasileira adota a natureza híbrida do casamento, explicado por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2017, p. 120/121) como “um contrato especial de Direito de Família, por meio do qual os cônjuges formam uma comunidade de afeto e existência, mediante a instituição de direitos e deveres, recíprocos e em face dos filhos, permitindo, assim, a realização dos seus projetos de vida”.

Em outras palavras, o casamento pode ser compreendido como um negócio jurídico bilateral em que o Estado oficializa a união de duas pessoas por tempo indeterminado, para que, de forma solidária, construam uma plena comunhão de interesses e de vida.

Essa comunhão de vidas é consubstanciada numa plena integração do casal constituída não apenas a partir de uma união afetiva, mas também de patrimônios. A relação conjugal, assim, estabelece uma comunhão de interesses morais e materiais, baseada na igualdade de direitos e deveres entre os consortes. Afigura-se, portanto, impossível imaginar um casamento sem o entrelaçamento afetivo, espiritual e material entre os cônjuges. Nesse sentido, esclarece Rolf Madaleno (2017, p. 101) que

como cláusula geral, a comunhão plena de vida torna-se condição de validade de todo o casamento, atributo indispensável de sua existência e subsistência, porque seria inconcebível perpetuar no tempo qualquer relação conjugal que se ressentisse de uma plena comunhão de vida.

A perpetuidade da união, apesar de um ideal, nem sempre é uma realidade alcançável pelo casal. Em face disso, a lei faculta a possibilidade de rompimento do relacionamento e desfazimento da vida em comum estabelecida pelo matrimônio.

Com a celebração do casamento, esclarece Paulo Nader (2016, p. 228) se estabelece o vínculo e a sociedade conjugal, sendo o primeiro entendido como a relação jurídica que se instaura entre os cônjuges, enquanto a segunda é representada no compromisso de comunhão de vida. A dissolução do vínculo, que se dá por meio do divórcio, da declaração de invalidade do casamento ou da morte de um dos cônjuges, acarreta, necessariamente, a extinção da sociedade conjugal. O término desta, que se dava através da separação judicial, entretanto, não põe termo àquela, dissolvendo apenas aos deveres de coabitação, fidelidade recíproca e ao regime de bens, nos termos do art. 1.576 do Código Civil.

Acontece que a existência real de uma vida a dois pode ser interrompida muito antes da sua formalização perante o Estado, fruto de uma decisão unilateral ou conjunta do casal, que passa a viver vidas independentes, situação chamada de separação de fato, abordada com mais profundidade no tópico seguinte.

3 CONCEITO E EFEITOS DA SEPARAÇÃO DE FATO

A separação de fato, tal qual o casamento, não goza de uma definição legal. Não obstante, pode ela ser entendida como o desfazimento informal da sociedade conjugal identificada na intenção de rompimento da união do casal não declarada judicialmente.

Nas palavras de Rolf Madaleno (2017, p. 166)

Doutrina e jurisprudência encontram no tempo e nos fatos em concreto as fronteiras justas e reais de qualquer sociedade afetiva, que antes de ser encerrada pela intervenção do legislador, procuram atribuir novo valor e efeito jurídico à antecipada volição dos cônjuges e conviventes, porquanto eles sim, e não outros, são os reais senhores da certeza e exatidão temporal em que sua sociedade afetiva e seus interesses comuns verdadeiramente se dissolveram. Ninguém discorda que a separação de fato gera importantes efeitos jurídicos, por ela os consortes e conviventes assumiram e aceitaram não mais prolongarem sua vida conjugal ou sua sociedade informal, liberando-se mutuamente da assistência espiritual, da afetividade e do desejo societário que serve de mola mestra, incentivo e consequência direta da comunicabilidade patrimonial.

Alerta este autor não ser justo “condicionar os resultados materiais do casamento ao procedimento formal de conclusão das núpcias” (2017, p. 178), pois, havendo rompimento de fato da relação conjugal não se pode, a rigor, falar mais em comunhão plena de vidas e, conseqüentemente, em casamento. Neste ponto, relevante destacar a lição de Rodrigo da Cunha Pereira (2010, p. 32)

Enfim, ‘a vida como ela é’, a realidade dos fatos é determinante nas relações jurídicas. É a separação de fato que rompe, necessariamente, o casamento, inclusive o regime de bens. Por isso, ela é o marco que finaliza, definitivamente, o estatuto patrimonial, não tendo nenhuma relevância se é prolongada ou não. O mais

importante é a certeza do rompimento e não propriamente o prolongamento temporal. A partir daí, portanto, a separação de fato produz efeitos jurídicos (...).

Apesar de a lei não mencionar a separação de fato como causa do fim da sociedade conjugal, dela devem advir os mesmos efeitos jurídicos atribuídos à separação de direito (CC art. 1.576), conclusão que se mostra ainda mais viável, segundo Flávio Tartuce (2016, p. 226), diante da extinção da separação judicial como categoria do Direito de Família brasileiro após a Emenda Constitucional 66/2010.

Quanto a estes efeitos, Paulo Nader (2016, p. 230) esclarece que a separação de fato põe fim ao dever de coabitação, mas não deve ser confundida com a sua simples interrupção, a qual pode originar-se da necessidade ou conveniência da própria família, ao passo que também não exige que o casal esteja vivendo em residências distintas, desde que haja prova da interrupção da convivência.

Em relação ao fim do dever de fidelidade recíproca, este pode ser identificado na medida em que o sistema jurídico autoriza a pessoa casada, desde que separada de fato, a constituir uma união estável (CC, art. 1.723, § 1º), que, tal qual o casamento, constitui entidade familiar juridicamente reconhecida, considerada base da sociedade e merecedora de proteção estatal.

Por fim, a separação de fato também dá causa à cessação do regime de bens do casamento, na medida em que, não havendo mais convivência familiar, não há comunhão de afetos e, por consequência, também não deve haver comunhão de patrimônios, a fim de se evitar o enriquecimento sem causa de um dos cônjuges. Nesse sentido, vale a pena transcrever a preciosa lição de Maria Berenice Dias (2016, p. 218), para quem “o fim da vida em comum leva à cessação do regime de bens – seja ele qual for -, porquanto já ausente o ânimo socioafetivo, real motivação da comunicação patrimonial”. Destaque-se que o regime da comunhão final dos aquestos já possui norma nesse sentido, expressa no art. 1.683 do Código Civil, segundo o qual “na dissolução do regime de bens por separação judicial ou por divórcio, verificar-se-á o montante dos aquestos à data em que cessou a convivência”, regra que merece ser invocada para qualquer dos regimes de bens.

O simples vínculo formal registral não pode, portanto, ter o condão de desprezar a realidade fática da ruptura da união, não sendo necessária a chancela estatal para a antecipação de alguns efeitos jurídicos decorrentes do fim da convivência. A separação de fato, portanto, há de ser valorada e desencadear efeitos, inclusive patrimoniais, não só no âmbito do Direito de Família, mas também na esfera do Direito das Sucessões.

4 O CÔNJUGE E SEU DIREITO SUCESSÓRIO

Existem várias definições para o termo 'sucessão'. Plácido e Silva (2004, p. 1339) a define como sendo “a transmissão de bens e de direitos de uma pessoa a outra, em virtude da qual esta última, assumindo a propriedade dos mesmos bens e direitos, pode usufruí-los, dispô-los e exercitá-los em seu próprio nome”. Em sentido estrito, a sucessão é a transmissão do patrimônio de uma pessoa em razão da sua morte, abrangendo bens, direitos e obrigações pertencentes àquele no momento de seu óbito.

A passagem do patrimônio na sucessão *causa mortis* tem por fundamento jurídico a convocação do sucessor pelo falecido ou pela lei. Na primeira situação, o chamamento se dá em razão da expressa e real manifestação de vontade do titular do patrimônio, através de testamento, nos limites e formas admitidas em lei, a chamada sucessão testamentária. Na segunda hipótese, a indicação se opera por meio de critérios estabelecidos pelo legislador que, baseado numa vontade presumida do falecido, convoca a herdar pessoas que compõem o seu núcleo familiar, a chamada sucessão legítima.

Ocorre que, nem todos os familiares do falecido são beneficiados através da sucessão legítima, uma vez que o Código Civil, através da ordem de vocação hereditária, estabelece um critério de prioridade de acordo com as classes sucessórias, que, segundo Paulo Nader (2016, p. 152), leva em conta “os graus de parentesco em que se torna provável o nexo de solidariedade entre sucessor e sucedido”. Todavia, a proximidade dos laços familiares não é necessariamente fundada em parentesco, privilegiando-se na atualidade os vínculos afetivos, na medida demonstrada no atual regramento da sucessão do cônjuge a partir do art. 1.829 do Código Civil:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.

Vê-se que, na classificação deste dispositivo, o cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes (inciso I), com os ascendentes (inciso II) e herda, isoladamente, na falta de parentes da linha reta (inciso III), afastando os colaterais da sucessão (inciso IV).

Importante destacar que o direito à sucessão do cônjuge sobrevivente não se confunde com o seu direito à meação. Não sendo o regime patrimonial do casamento o de separação de bens, cada um dos consortes receberá a metade dos bens comuns da sociedade,

em razão do desfazimento do vínculo matrimonial, que pode se dar em decorrência da morte de um deles. Além disso, em razão do mesmo fato jurídico (morte), o cônjuge sobrevivente poderá herdar o patrimônio do cônjuge falecido, de acordo os parâmetros estabelecidos no artigo acima transcrito.

Quanto ao seu direito sucessório, além dos critérios de chamamento estabelecidos na ordem de vocação hereditária, o art. 1.830 do Código Civil estabelece as condições fáticas em que deve estar o cônjuge sobrevivente para que seja reconhecido como herdeiro legítimo:

Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.

Segundo este dispositivo legal, se, ao tempo do falecimento, o *de cujus* encontrava-se separado judicialmente, o cônjuge sobrevivente não terá direito à sucessão. Mesmo após a promulgação da EC 66/2010 e a extirpação da separação judicial do ordenamento jurídico brasileiro, embora não seja mais possível pleiteá-la, afirma Roberto Paulino de Albuquerque Júnior (2012, p. 7128) que esta continua a ser causa de extinção de direito sucessório em razão da manutenção do estado civil de separados para aqueles que se separaram no regime anterior, bem como pelo fato de não haver divórcio automático decorrente da incidência da referida Emenda. Não deixe de se frisar ainda que, com vistas à atualização do artigo em comento, deve ser incluída a hipótese de separação extrajudicial, incorporada ao ordenamento pela Lei 11.441/2007, como causa de afastamento da legitimidade sucessória do cônjuge sobrevivente.

O mesmo efeito deve ser atribuído ao divórcio, ou seja, o cônjuge que já esteja divorciado à época da abertura da sucessão não tem direito a suceder, embora o art. 1.830 não faça referência a esta situação. Flávio Tartuce (2016, p. 209) explica que a ausência de menção ao divórcio se dá “por razões óbvias, uma vez que dissolvidos o casamento e o vínculo matrimonial não há que falar em direito sucessório do ex-cônjuge que, com o falecido, não mantém mais qualquer vínculo familiar”.

É preciso esclarecer que o direito sucessório do cônjuge sobrevivente somente estará afastado se, ao tempo da morte do autor da sucessão, já se encontrava homologada a separação/divórcio consensual, transitada em julgado a sentença da separação/divórcio litigioso ou lavrada a escritura pelo tabelião na hipótese de separação/divórcio extrajudicial. Se o óbito do cônjuge tiver ocorrido no curso da separação judicial ou do divórcio, o estado

civil do sobrevivente não será de separado judicialmente ou divorciado, mas de viúvo e, conseqüentemente, de herdeiro.

Em que pese não mencionado no citado dispositivo, quanto à hipótese de casamento desfeito por invalidade, nos casos de nulidade ou de anulação, como, em regra, o seu desfazimento retroage à data da celebração, não há que se falar em direito sucessório do cônjuge sobrevivente posto que não mais existia casamento quando do óbito do autor da herança. Euclides de Oliveira (2009, p. 126) ressalta, no entanto, a possibilidade de subsistência de efeitos de um casamento nulo, desde que putativo, ao cônjuge de boa-fé (CC art. 1.561). Segundo o autor,

Apurada que seja a causa de nulidade após o óbito de um dos cônjuges, o sobrevivente que estivesse de boa-fé teria assegurados os seus direitos civis, incluindo-se os sucessórios, até o dia da sentença anulatória, de modo que poderia concorrer na herança com eventuais coerdeiros, ou receber, em não havendo outros interessados, a totalidade da herança.

Por fim, somente será reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se não se encontrava separado de fato há mais de dois anos à época da abertura da sucessão, salvo se provar não ter sido culpado por esta separação. Pela dicção do dispositivo, a mera separação de fato não é causa suficiente para afastar o direito sucessório do cônjuge sobrevivente, sendo necessária a investigação de critérios objetivos (lapso temporal) ou subjetivos (culpa) do rompimento informal da vida em comum. Esta parte final do dispositivo recebe severas críticas da doutrina, seja quanto à exigência de prazo mínimo da separação de fato³, seja no que se refere à averiguação de um culpado no fim da relação conjugal⁴, aspectos abordados mais detalhadamente no tópico seguinte.

5 CRÍTICAS AO ARTIGO 1.830 DO CÓDIGO CIVIL SOBRE A LEGITIMIDADE SUCESSÓRIA DO CÔNJUGE SEPARADO DE FATO

Fazendo referências históricas quanto às diversas soluções ao tratamento legal da sucessão entre cônjuges separados de fato no ordenamento jurídico brasileiro, Paulo Nader (2016, p. 157) ensina que, à época das Ordenações Filipinas, a coabitação era pressuposto

³ Pablo Gagliano Stolze e Rodolfo Pamplona (S, p. 234), Paulo Nader (S, p. 232), Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (S, p. 245), Paulo Lôbo (S, p. 125), Flávio Tartuce (S, p. 212), Carlos Roberto Gonçalves (S, p. 184), Euclides de Oliveira (p. 128), Maria Berenice Dias (S. 150)

⁴ Rofl Madaleno (2005), Flávio Tartuce (S, p. 210), Euclides de Oliveira (p. 129), Paulo Lôbo (S, p. 124), Carlos Roberto Gonçalves (S, p. 183/184), Maria Berenice Dias (F. p. 92), Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (S, p. 244)

para o direito à herança, transcrevendo o dispositivo do qual se extraía tal entendimento: *“Falecendo o homem casado ab intestato (...) e ficando sua mulher viva, a qual juntamente com ele estava e vivia em cada teúda e manteúda, como mulher com seu marido, ela será sua universal herdeira. E pela mesma maneira será o marido herdeiro da mulher...”*. Este critério acabou sendo modificado a partir da Consolidação das Leis Cíveis e permaneceu durante o Código Civil de 1916, que, segundo o art. 1.611, excluía o direito do cônjuge apenas *“se, ao tempo da morte do outro, não estava dissolvida a sociedade conjugal”*.

Como já exposto, segundo o art. 1.830 da legislação vigente, somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge separado de fato quando esta separação não seja superior a dois anos, salvo, neste caso, se a convivência tenha se tornado insuportável sem a culpa do sobrevivente. As críticas ao mencionado dispositivo podem ser divididas em três pontos: a) atribuição de direito sucessório em razão da mera separação de fato; b) atribuição de direito sucessório em vista do lapso temporal da separação de fato; c) atribuição de direito sucessório em função da culpa pelo término fático da sociedade conjugal.

5.1. CRÍTICAS À ATRIBUIÇÃO DE DIREITO SUCESSÓRIO EM RAZÃO DA MERA SEPARAÇÃO DE FATO

O novo conceito de família atribuído como fundamento básico do casamento a união afetiva e comunhão de interesses morais e patrimoniais entre as pessoas casadas, o que, por consequência, também deveria emprestar suporte fático e jurídico à legitimação sucessória entre os cônjuges, ou seja, somente deveria ser reconhecido direito sucessório na persistência de um projeto conjugal ao tempo da morte de um dos consortes.

Acontece que, entre casais separados de fato não há que se falar em comunhão de vidas e espíritos, na medida em que não existe mais afeto e solidariedade mútuos, o que não deveria conferir-lhes legitimidade para reclamarem a condição de herdeiros reciprocamente. Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2017, p. 234), *“sentido algum haveria de se admitir direito sucessório em favor de quem nada mais representava na vida do falecido”*.

Neste mesmo sentido, nos ensina Paulo Lôbo (2014, p. 122) que

O cônjuge separado de fato não pode herdar do outro. Essa regra do direito brasileiro também contempla fundamentação moral, uma vez que não deve herdar quem já não integra o núcleo familiar. As razões dessa restrição legal podem ser encontradas no desaparecimento da afetividade e da convivência familiares, que consolidam a família contemporânea e a sucessão hereditária que com essa está correlacionada.

A sucessão legítima está necessariamente vinculada às relações de família e a família formada a partir do casamento leva em conta a ideia de uma unidade afetiva, espiritual e patrimonial. Assim é que, como aduz Paulo Lôbo (2014, p. 122), “a comunhão plena de vida importa não apenas para caracterizar a existência da relação de família, mas também para os efeitos sucessórios daí decorrentes”.

Importante destacar que essa comunhão de vidas não está ligada apenas ao aspecto afetivo do casamento, mas também ao seu viés patrimonial, por isso que a legitimidade do cônjuge também deveria estar atrelada à contribuição dada por este ao patrimônio objeto da sucessão no momento de sua abertura. Nas palavras de Fabio Ulhoa Coelho (2011, p. 273/274), “para ser considerado parente sucessível, portanto, o cônjuge deve estar ainda numa situação jurídica em que a contribuição para a construção e manutenção do patrimônio do de cujus seja factível”.

Beneficiar o cônjuge separado de fato, segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2015, p. 245) “implicaria em verdadeiro enriquecimento sem causa (CC, arts. 884 e 885), por conta da ausência de colaboração recíproca a justificar o recebimento patrimonial”, o que iria de encontro à boa-fé objetiva nas relações patrimoniais.

Ademais, alerta Euclides de Oliveira (2009, p. 131) que

a permanência do direito sucessório do cônjuge separado de fato pode constituir sério entrave para muitos processos de separação judicial ou de divórcio. Na expectativa da morte do outro, o que não tenha bens próprios estará sempre animado a conservar seu status de virtual herdeiro.

Teria sido melhor e mais coerente com o sistema jurídico, especialmente com os avanços do Direito de Família, portanto, que o legislador afastasse o direito à sucessão do cônjuge sobrevivente tão só pela mera comprovação da separação de fato, em razão dos efeitos jurídicos advindos do efetivo e real rompimento da vida em comum, não perpetuando este direito somente em face de uma reminiscência cartorial, na medida em que entre o casal só subsiste a certidão de casamento.

5.2. CRÍTICAS À ATRIBUIÇÃO DE DIREITO SUCESSÓRIO EM VISTA DO LAPSO TEMPORAL DA SEPARAÇÃO DE FATO

Quanto ao requisito temporal para fins de atribuição de direito sucessório ao cônjuge separado de fato, alerta Paulo Lôbo (2014, p. 125) sua relação com a redação originária do §

6º do art. 226 da Constituição, pois “se a dissolução voluntária do casamento dependia do requisito prévio de dois anos de separação de fato, este mesmo tempo deveria ser considerado para fins de extensão dos direitos sucessórios do cônjuge separado”.

Diante da promulgação da Emenda Constitucional 66/2010, no entanto, começou a ser questionada a exigibilidade do prazo mínimo de dois anos de separação de fato para a perda do direito de herança do cônjuge sobrevivente, já que a nova redação constitucional determinou o fim da separação judicial, assim como da verificação das causas subjetivas e objetivas para a dissolução do matrimônio.

A exigência de prazo mínimo de dois anos encontra-se ainda em desarmonia com o novo Direito de Família, na medida em que, segundo o art. 1.830, o legislador somente reconhece o afastamento da *affectio maritalis* com o decurso desse prazo, desconsiderando a inequívoca vontade de interrupção da convivência conjugal existente desde a efetiva separação de fato. Nesse sentido, Rolf Madaleno (2005) ensina que “embora tenha estabelecido, no art. 1.511 do mesmo diploma civil, só existir casamento quando coexistir comunhão plena de vida, concedeu o legislador no direito sucessório uma espécie de extensão artificial de longos dois anos para a completa ausência de comunhão de vida”.

Ademais, é importante salientar que antes do decurso dos dois anos de separação de fato o *de cuius* pode constituir uma nova família por meio de união estável (CC, art. 1.723, § 1º), independentemente do tempo de convivência. Por este motivo, defendem Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (S, P. 234) que

Na medida em que, como se sabe, a união estável pode configurar-se a qualquer tempo, não é razoável estabelecer-se um lapso mínimo de separação de fato – como *conditio sine qua non* para a legitimidade sucessória – se, antes mesmo da consumação do biênio, a parte já pode ter formado outro núcleo familiar.

O reconhecimento de uma união estável antes de findo o biênio que atribui legitimidade sucessória ao cônjuge pode levar o *de cuius* à dupla condição de cônjuge de uma pessoa e companheiro de outra, acarretando uma espécie de concorrência sucessória entre cônjuge e companheiro sobreviventes, situação para a qual a Lei Civil não oferece solução.

A criação de uma nova entidade familiar após a separação de fato, entretanto, acaba por demonstrar, de forma inequívoca, que os laços de afetividade entre os cônjuges já estão concretamente desfeitos, inexistindo fundamento para a tutela sucessória do sobrevivente. Por este motivo devem ser privilegiados os laços familiares presentes, deferindo a herança somente àquele que efetivamente vivia com o falecido no momento de sua morte, ou seja, ao

companheiro sobrevivente, afastando o eventual direito do cônjuge independente do tempo da separação de fato.

5.3. CRÍTICAS À ATRIBUIÇÃO DE DIREITO SUCESSÓRIO EM FUNÇÃO DA CULPA PELO TÉRMINO FÁTICO DA SOCIEDADE CONJUGAL

Ocorrendo a morte de um dos cônjuges após dois anos da separação de fato do casal, é ainda possível, mediante a discussão da culpa do cônjuge sobrevivente pela ruptura da vida em comum, atribuir-lhe direitos sucessórios, o que Rolf Madaleno (2005) chamou de “culpa mortuária ou funerária”.

De início, merece destaque a ressalva feita por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2015, p. 118) de que “a lei não refere à ‘vontade de separar’, mas sim à ‘culpa na separação’ atribuída ao cônjuge que com sua conduta ou atos praticados fere os deveres conjugais”.

Com relação a esse pressuposto da “não culpa” do cônjuge sobrevivente, não significa que o morto tenha sido, necessariamente, o culpado exclusivo pela separação de fato ou que tenha havido culpa nesta, pois pode ser o caso de nenhum dos dois ter sido culpado do rompimento da vida em comum.

A primeira impropriedade da perquirição da culpa na separação de fato em sede de direito sucessório diz respeito à sua incompatibilidade com a natureza do inventário, que não comporta matéria de alta indagação. Assim, o exame da culpa deve ser promovido em feito à parte, ficando o desfecho do inventário aguardando o deslinde dessa causa, atrasando a transmissão sucessória.

Outro problema enfrentado diz respeito ao ônus da prova da culpa na separação de fato, pois, como bem lembrou Rolf Madaleno (2005) “o falecido não estará mais no mundo dos vivos para atestar a presença de sua culpa ou não”. A princípio, haveria uma presunção de inocência do cônjuge sobrevivente, cabendo-lhe apenas demonstrar que é casado para habilitar-se à sucessão, imputando-se aos herdeiros interessados a prova da sua culpa. Tal conclusão pode ser extraída a partir da constatação de que todas as vezes que o legislador permitiu a exclusão de herdeiros (por indignidade ou deserdação), impôs aos interessados na herança o ônus de propor a ação competente para o afastamento e nesta fazer a prova do pressuposto da exclusão. Tal situação acaba gerando um grande inconveniente, ressaltado por Rolf Madaleno (2005):

Fatos terão que ser contestados por pessoas que não comungaram e nem testemunharam da intimidade conjugal do sucedido, e da sua súbita herdeira que retorna com folga de até dois anos de fática separação, para em nome de um matrimônio de pura ficção, esmerar-se em provar a sua completa inocência conjugal, empenhando-se em remexer e enlamear a saudosa memória do falecido cônjuge.

Por este motivo, é questionada a admissão da discussão da culpa se um dos cônjuges, inclusive aquele que poderá ser acusado de culpado, não tem possibilidade de se defender, posto que já falecido. Neste ponto imprescindível trazer a baile a brilhante lição de Paulo Lôbo (2014, p. 125):

A imputação da culpa do falecido pela separação de fato viola um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, que é o da garantia de contraditório e de ampla defesa a qualquer acusado ou litigante (art. 5º, LV, da Constituição); o falecido não pode exercê-los nem contraditar a acusação de culpa. (...) Resulta a norma em sanção ao ex-cônjuge falecido em favor do sobrevivente. O direito das sucessões não é meio de punição, mas de transmissão de bens.

Assim, a discussão da culpa em sede de inventário envolverá a contestação de fatos por pessoas que não participaram diretamente da convivência do casal, o que, de certo, também implicará em ofensa à privacidade conjugal, fato também destacado pelo eminente doutrinador citado:

O uso da justiça para punir o outro cônjuge, máxime quando já falecido, não atende aos fins sociais e nem ao bem comum. A Constituição (art. 5º, X) estabelece que ‘são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e imagem das pessoas’, sem qualquer exceção ou restrição. Ora, nada é mais íntimo e privado que as relações entretidas na convivência familiar.

Ademais, a aferição de um único culpado pelo fim do relacionamento amoroso se mostra uma tarefa quase impossível, pois, como constata Rolf Madaleno (2017, p. 287) “dramas familiares são fruto inexorável da contribuição parcial e conjunta de ambos os cônjuges”. Corroborando este pensamento, oportuno colacionar o seguinte trecho de um julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“É difícil, senão impossível, aferir a culpa real pelo desfazimento da união conjugal, pois, quando fenece o amor, torna-se dramático analisar o espólio da relação afetiva. Em regra, cuida-se apenas da causa imediata da ruptura, desconsiderando que o rompimento é resultado de uma sucessão de acontecimentos e desencontros próprios do convívio diuturno, em meio também às próprias dificuldades pessoais de cada um.” (TJRS. Sétima Câmara Cível. Apelação Cível n. 70.002.286.912.)

Por fim, se há uma tendência majoritária de considerar que a culpa está definitivamente afastada em sede de divórcio, é preciso questionar se existe fundamento em resgatá-la para efeito de preservação dos direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente.

Mesmo para Flávio Tartuce (2013, p. 213) para quem a culpa influencia nas questões relativas aos alimentos entre os cônjuges e na responsabilidade civil entre eles, esta

não pode repercutir na questão sucessória, em especial diante das dificuldades que gera a sua prova ou não. Como buscar a verdade se um dos envolvidos já não está mais presente entre nós? Por meio de prova psicografada? A jocosa indagação tem o fim de demonstrar a falta de sentido na menção a esse elemento subjetivo para perquirir a existência ou não do direito sucessório do cônjuge sobrevivente.

A culpa não deveria, portanto, ter espaço no direito das sucessões, sendo relevante para fins de afastamento da legitimidade sucessória do cônjuge sobrevivente a mera separação fato e não a sua causa.

6 CONCLUSÃO

A influência exercida pela Constituição Federal nas relações privadas ainda não foi totalmente compreendida e aplicada nas relações sucessórias, tampouco este ramo incorporou as mudanças paradigmáticas ocorridas no Direito de Família, com o qual tem estreita ligação. Este novo Direito de Família importa em reconhecer como base axiológica do casamento o seu aspecto afetivo e espiritual, como *locus* do desenvolvimento pessoal do indivíduo, relegando a segundo plano os seus efeitos patrimoniais, sem, no entanto, desconsiderá-los.

Na esteira desse entendimento, o reconhecimento da constância do casamento somente tem sentido enquanto presente a unidade afetiva, espiritual e patrimonial por ele estabelecida, que impõe direitos e deveres recíprocos entre os cônjuges. Assim é que, havendo a separação de fato do casal, é de se reconhecer a cessação do afeto e, por conseguinte, dos efeitos do casamento, inclusive os de natureza patrimonial, bem como suas repercussões no direito sucessório.

Sendo certo que a transmissão patrimonial decorrente da morte do seu titular encontra fundamento na afetividade e solidariedade familiar, ainda que presumidas, a legitimidade sucessória do cônjuge supérstite deveria estar atrelada à plena comunhão de vidas com o autor da herança à época do óbito, mas não é isso o que prescreve a Lei Civil, ao atribuir ao cônjuge separado de fato o direito à herança, desde que a ruptura fática do relacionamento tenha menos de dois anos ou que não lhe seja imputada a culpa por esta separação.

Em função da necessidade de uma coerência sistemática do ordenamento jurídico e de todos os inconvenientes demonstrados no estabelecimento de pressupostos temporais ou subjetivos à separação de fato, conclui-se que a melhor solução na atribuição de legitimidade

sucessória ao cônjuge sobrevivente é no sentido de que a mera separação de fato, independentemente de qualquer prazo ou motivo, deve implicar, também, em extinção do direito do cônjuge à herança.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. **O divórcio no direito brasileiro após a emenda 66/10 e suas consequências no campo sucessório** - RIDB, Ano 1 (2012), nº 12.

Disponível em:

file:///C:/Users/Patricia/Documents/Faculdade/Mestrado/Artigos/Legitimidade%20do%20conjugue%20separado%20de%20fato/2012_12_7117_7144%20(1).pdf. Acesso em: 11 jun. 2017.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro de 2002**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso: 07 maio 2017.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso: 07 maio 2017.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito civil: família e sucessões, volume 5**. – 4. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias** – 11. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil, vol 7: sucessões** – São Paulo: Atlas, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil, vol. 6: direito de família** – 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Novo curso de direito civil, vol. 7: direito das sucessões** – 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: sucessões** – 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. – 7ª ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. **Concorrência sucessória e o trânsito processual**. 2005 Disponível em:

<http://www.rolfmadaleno.com.br/novosite/conteudo.php?id=45>. Acesso em: 11 jun. 2017.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil, vol. 5: direito de família** – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. **Curso de direito civil, vol. 6: direito das sucessões** - 7ª ed. rev. atual. e ampl.– Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Direito de herança: a nova ordem da sucessão** – 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2009.

PLÁCIDO E SILVA, Oscar de. **Vocabulário jurídico**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Divórcio. Teoria e Prática**. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 5: direito de família** – 11. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. **Direito civil, v. 6: direito das sucessões** – 9. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.