

A INCONSTITUCIONALIDADE E O DIREITO DE HERANÇA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002.

Luiz Paulo Vieira de Carvalho¹

Resumo: Emenda constitucional n.66/2010 e art.1.830 do CC. Herança e Culpa Mortuária. Atual Moderna visão Civil Constitucional. Inconstitucionalidade parcial da norma Doutrina e jurisprudência. Efeitos.

Palavras-Chave: Inconstitucionalidade. Direito de Herança. Código Civil de 2002.

O Código Civil de 1916, em seu art. 1.611, *caput*, determinava que se a pessoa, no momento da morte do seu cônjuge, falecido sem descendentes ou ascendentes, estivesse separada judicialmente (com a Lei do Divórcio – Lei 6.515/1977, também a pessoa divorciada), embora constando da ordem de vocação hereditária em vigor na época (art.1603 e incisos do CC/16), não recolheria o direito sucessório legal respectivo.

Como sabemos, a sociedade conjugal se dissolve, quando o casamento é válido, pela separação judicial e, nesse caso, o vínculo matrimonial permanece, encerrando-se apenas a sociedade conjugal; pela morte, pelo divórcio ou pela sentença que declara aberta a sucessão definitiva do ausente patrimonial, em que é presumida a morte desse último, hipóteses extintivas do vínculo matrimonial e, por consequência, da sociedade conjugal (art. 5º da Lei do Divórcio e art. 1.571, incisos I, III e IV e seu § 1º; art. 6º, segunda parte; e art. 39, do CC/2002).

Se o casamento for inválido tal extinção é provocada igualmente por sentença irrecorrível de invalidade do casamento – nulo ou anulável (art. 1.571, inciso II, do CC/2002).

A melhor jurisprudência, entretanto, já vinha entendendo que, estando o casal *separado de fato* há longos anos, isto é, inequivocamente, a partir daí, até mesmo pela falta da

¹ advogado, consultor jurídico, conferencista, árbitro, parecerista e autor; Presidente da Comissão de Direito de Família e Sucessões do Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB; Professor Emérito da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ; Membro do Fórum Permanente de Direito de Família da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ; Diretor do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM/RJ; Professor Coordenador dos Cursos de Extensão de Direito de Família e de Direito das Sucessões da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ; Membro do Fórum Permanente de Direito de Família da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ; Mestrado e pós-graduação em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa (Portugal).

affectio maritalis (afeição) entre os cônjuges, em situação jurídica doutrinariamente denominada de *Divórcio de Fato*, não haveria mais o direito de meação de um para o outro, por virtude do rompimento fático do regime de bens, muito menos o direito de herança entre ambos.

É de se esclarecer, no entanto, que em algumas decisões judiciais pretéritas, seguidoras da letra fria da lei, a separação de fato não afastaria o direito à meação nem o direito sucessório, *ex vi* os arts. 1.603, inciso III, e 1.611, *caput*, do Código Civil de 1916.

Discordamos de tal posicionamento, *data venia*, pois o que justifica o Direito Sucessório em favor do cônjuge (e/ou do companheiro) como também a meação obtida através do regime patrimonial de bens é, repisamos, a *affectio maritalis*, ou seja, o amor, a afeição que deve haver entre os parceiros e a intenção de permanência (convivência) em comunhão de vida (*honor matrimonii*), dentro do espírito de solidariedade que deve reger as relações familiares.

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça, ao examinar situações semelhantes, já vinha decidindo que a separação de fato, por longos anos (ou mesmo sem lapso temporal significativo, desde que inequívoca, especialmente amparada por Medida Cautelar e/ou Tutela Antecipada de Separação de Corpos), romperia o regime matrimonial de bens, bem como, pensamos, o direito à herança do cônjuge falecido (sabendo-se ser o herdeiro o continuador das relações patrimoniais do *de cuius*), uma vez não presentes, repetimos, os requisitos da afetividade e da convivência.

Em 05.05.2009, essa diretriz foi reafirmada por esse Tribunal Superior, através da sua Egrégia 4ª Turma, no julgamento do REsp 555.771, na relatoria do culto Ministro Luis Felipe Salomão, igualmente na decisão proferida no REsp 1.065.209, pela mesma Turma, em 16.06.2010, relatada pelo eminente Ministro João Otávio de Noronha.

O Código Civil de 2002, além de alçar o cônjuge sobrevivente à categoria de herdeiro necessário (art. 1.845), ao enunciar a nova ordem da vocação hereditária dispôs: “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.”

O mesmo diploma, contudo, introduziu um dispositivo presente nas Ordenações Filipinas,² bem como no Código Civil alemão (BGB/1896),³ (a *contrario sensu*) no seu art. 1.830, *verbis*: “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 2 (dois) anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.”

Destarte, o diploma civil atual, em relação à *sucessio mortis causa*, estatuiu em seu art. 1.830 do Código Civil que o cônjuge sobrevivente *perde seus direitos sucessórios legais* se ao tempo da morte do autor da herança estiver dele separado judicialmente – por sentença transitada em julgado (ou também, administrativamente, nos termos do art. 733 do CPC/2015) ou, então, separado de fato há mais de 02 (dois) anos (se estiver separado de fato há menos de dois anos, a *contrario sensu* da literalidade da norma em comento, não perderá tal direito), salvo se não for o culpado pela separação de fato do casal.

Nos moldes dos termos expressados pelo legislador sucessório ordinário, vale observar que, mesmo havendo a separação de fato pelo período mínimo de 02 (dois) anos, não tendo sido a culpa pela separação de fato do cônjuge sobrevivente (art. 1.572, *caput*, do CC), por exemplo, este sendo forçado a se afastar ou indevidamente afastado do lar conjugal em virtude de infidelidade, maus-tratos físicos, injúria etc., o cônjuge supérstite concorrerá à herança com os descendentes ou com os ascendentes do falecido, ou então, na falta desses, recolherá a totalidade do acervo hereditário legítimo.

A doutrina, face aos termos legais, *ab initio*, passou então a debater a quem cabe fazer a prova da culpa contida no dispositivo, a par das severas críticas ao hodierno legislador pelo

² Ordenações Filipinas ou Código Filipino (de 1595, promulgado por Filipe I, Rei de Portugal – Filipe II da Espanha, em 1603, base do Direito português até 1830), cujas diversas disposições vigoraram no Brasil (no campo do Direito civil até a entrada em vigor do CC/1916), que rezava, em seu Livro IV, Título XCIV: “Como marido e mulher sucedem hum a outro. Fallecendo o homem casado abintestado, e não tendo parente até o décimo grão contado segundo o Direito Civil, que seus bens devam herdar, e ficando sua mulher viva, a qual juntamente com **elle estava e vivia em casa teúda e manteúda**, como mulher com seu marido, ella será sua universal herdeira. E pela mesma maneira será o marido herdeiro da mulher, **com que estava em casa manteúda, como marido com sua mulher**, se ella primeiro falecer sem herdeiro até o dito décimo grão. E nestes casos não terão que fazer em taes bens os nossos almoxarifes” (versão digitalizada da edição de 1870 (Codigo Philippino) ALMEIDA, Cândido Mendes de, pela Universidade de Coimbra, consulta em 25.12.2012). (Grifos nossos)

³ BGB (Código Civil alemão), § 1.933: *Ausschluss des Ehegattenerbrechts. Das Erbrecht des überlebenden Ehegatten sowie das Recht auf den Voraus ist ausgeschlossen, wenn zur Zeit des Todes des Erblassers die Voraussetzungen für die Scheidung der Ehe gegeben waren und der Erblasser die Scheidung beantragt oder ihr zugestimmt hatte. Das Gleiche gilt, wenn der Erblasser berechtigt war, die Aufhebung der Ehe zu beantragen, und den Antrag gestellt hatte. In diesen Fällen ist der Ehegatte nach Maßgabe der §§ 1569 bis 1586b unterhaltsberechtiget*. (tradução livre: “O direito hereditário do cônjuge supérstite, assim como o direito às antecipações, estão excluídos se o *de cuius*, ao tempo de sua morte estava autorizado a propor ação de divórcio ou de invalidação de casamento e tinha proposto a ação, sempre que, no caso de divórcio ou de invalidação do casamento, o cônjuge devesse ser considerado como culpado”).

fato de trazer ao direito sucessório, discussão ultrapassada no âmbito familiar (culpa conjugal, isto é, a conduta reprovável ou desonrosa na violação grave dos deveres do casamento, arts. 1.566, incisos I a V; 1.573, incisos I a VI, do CC).

Para parte dela, caberá aos demais interessados na sucessão a comprovação de que o cônjuge sobrevivente do falecido foi o culpado pela separação de fato do casal, porquanto a culpa desse não se presume e, além disso, não poderia o mesmo produzir prova negativa.

Para outros, cuja opinião ao entrar em vigor o novel diploma substantivo legal acatamos, se o legislador expressamente impôs a perda do direito sucessório legal ao cônjuge separado de fato há mais de 2 (dois) anos por presumir a inexistência de *affectio maritalis* entre esse e o falecido no momento da abertura da sucessão – até mesmo porque o herdeiro é um continuador das relações patrimoniais do falecido –, é cabível somente àquele que, na tentativa de recuperar o direito perdido, comprovar objetivamente que a conduta reprovável do falecido foi a causadora da separação de fato do casal, ou que não teve qualquer culpa pelo desfazimento da sociedade conjugal, não havendo de se falar aqui, portanto, s.m.j, de realização de prova negativa.

Aliás, esse tipo de prova (da culpa conjugal) por muito tempo foi comum nos juízos de família, sendo um dos pré-requisitos legais para a decretação da denominada separação-sanção (prefalado art. 1.572, *caput*, do CC), embora saibamos que, nos tempos atuais, e com total acerto, grande parte dos nossos juristas e da nossa melhor jurisprudência vem abominando-a e dispensando-a, seja no direito de família e, como já dito, no campo do direito sucessório, sob a alegação de ferir os princípios constitucionais da intimidade, da privacidade e da dignidade humana (arts. 1º, inciso III, e 5º, inciso X), sendo cabível, hodiernamente, no máximo, dar realce apenas à insuportabilidade da vida em comum.

Somando-se a isso, contudo, nos tempos atuais, estamos com aqueles que afirmam não ser mais possível no direito brasileiro, após a entrada em vigor da Emenda Constitucional 66/2010 que alterou a redação do § 6º do art. 226 da Constituição federal, aceitar a separação judicial em qualquer das suas modalidades como modo de cessação da sociedade conjugal.⁴

De qualquer modo, a par do antes referido, frente aos termos do art. 1.830 do novel Código Civil, o debate da questão ora em comento reveste-se de suma importância sucessória, nos parecendo, nessa linha, que a delicada *quaestio iuris et factis* é de ser enfrentada pelo juízo orfanológico, em autos apartados dos autos do inventário do falecido, por se tratar de questão,

⁴ A par do afirmado o CPC/15 trouxe no seu art. 693, o seguinte: “As normas deste Capítulo aplicam-se aos processos contenciosos de divórcio, **separação**, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação.” (destaques nosso)

ao menos em princípio, a demandar dilação probatória fora da prova meramente documental (art. 612 do CPC/2015⁵), com reserva da parte eventualmente cabível ao cônjuge sobrevivente, salvo se houver acordo entre os todos interessados na sucessão.

Repetimos, entretanto, ao ser editada a EC 66/2010, alterando a redação do § 6o do art. 226 da Carta Magna, restou suprimido o prazo de 02 (dois) anos de separação de fato para a propositura do divórcio direto, *verbis*: “O casamento poderá ser dissolvido pelo Divórcio”.

Assim, sob o ponto de vista dessa nova proposta, colocando uma pá de cal sobre a discussão da culpa dos cônjuges no cenário da dissolução da sociedade conjugal e do casamento, é de se indagar: será que o prazo de 02 (anos) mencionado no supracitado art. 1.830 do Código Civil, *ainda subsiste no ordenamento infraconstitucional brasileiro*?

À primeira vista poder-se-á argumentar que sim, pois embora o lapso temporal para os efeitos do denominado *Divórcio de Fato* não mais encontra guarida no texto constitucional, a parte final da regra ora em questão não teria sido revogada de modo textual pela aludida Emenda Constitucional.

Por outra via, entretanto, *pensamos ser devido afirmar que, na atualidade, por incompatibilidade do referido texto com a redação do art. 1.830 do Código Civil, é possível ler-se a regra em questão do seguinte modo*: “somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato de modo inequívoco”, tudo a ser apurado, todavia, levando-se em consideração a hipótese concreta levada ao juízo orfanológico.

Tal ponto de vista, segundo as bem lançadas palavras de Bárbara Valério Machado, se reafirma quando cotejado com a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no RE 878694 (equiparação sucessória dos direitos do cônjuge em relação aos companheiros, reafirmada no RE 646721): “Destarte, denota-se uma enorme diferença quando se fala em análise da legitimidade de cônjuges e companheiros para ocupar o posto de herdeiro, quando da abertura da sucessão. Cumpre analisar, então, se tal distinção é válida e deve ser levada adiante, considerando a decisão do STF no RE nº 878.694/MG (...) entende-se, assim, que finalizada a vida em comum no âmbito do matrimônio, extinguem-se também os direitos sucessórios. Desse modo, constituindo o falecido nova união – uma união estável – e preservada a meação do ex-cônjuge, nos termos da lei, a sucessão deverá ser deferida integralmente ao atual companheiro. Isso porque o próprio objetivo do direito sucessório é a proteção das pessoas mais próximas do falecido, de sua família afetiva. Havendo a *separação*

⁵ Art.612 do CPC: “O juiz decidirá todas as questões de direito desde que os fatos relevantes estejam provados por documento, só remetendo para as vias ordinárias as questões que dependerem de outras provas.”

de fato, rompe-se a *affectio maritalis*, ou seja, a afeição e o objetivo de permanência do casal, sendo incabível se falar em concessão de direitos sucessórios após o rompimento fático. O mesmo raciocínio é aplicado para a hipótese trazida pela parte final do art. 1.830 do CC/2002, que confere direitos sucessórios ao cônjuge separado de fato há mais de dois anos, caso comprovado que a culpa da separação não foi do consorte sobrevivente. Além de não exigir qualquer período temporal para a separação de fato, tornando ainda mais absurda a concessão do direito hereditário ao cônjuge sobrevivente, já que ele efetivamente não fazia mais parte do conjunto familiar do *de cuius*, a lei exige a comprovação do ultrapassado instituto da culpa no direito de família. *Além da Emenda Constitucional nº 66 de 2010 ter extinguido a figura da separação judicial, esvaindo, do mesmo modo, as discussões acerca da culpa imputada aos consortes ressalta-se que a produção de prova para imputar a culpa da separação de fato ao cônjuge falecido mostra-se avessa aos princípios do contraditório e da ampla defesa (...)* *Constata-se, assim, que muito além de conferir um tratamento desigual para cônjuge se companheiros sobreviventes, o art. 1.830 do CC/2002 mostra-se obsoleto quando inserido em uma visão constitucional do direito de família, considerando os princípios da afetividade, da isonomia entre os formatos familiares e da instituição do divórcio.* Assim, no intuito de perseguir a igualdade entre os direitos sucessórios dos cônjuges e dos companheiros, afirmada pela decisão do Supremo Tribunal Federal, *e sopesando que não há como aplicar o art. 1.830 do CC/2002 para aqueles que vivem em união estável, devido a sua obsolescência, propõe-se uma diferente leitura do dispositivo.* Desse modo, quando se fala em legitimidade para participar da sucessão, sugere-se a aplicação do tratamento conferido ao companheiro também para o cônjuge, conforme aconselha Luiz Paulo Vieira de Carvalho quando propõe uma modificação no teor do disposto no art. 1.830 do CC/2002 para fazer constar que “somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, ou separados de fato de modo inequívoco.”

Aliás, antes mesmo das referidas decisões proferidas pelo Pretório Excelso, também já vaticinavam Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim ao comentarem o art.1.830 do CC: “Teria sido melhor que o legislador afastasse o direito a sucessão tão só pela comprovada separação de fato, sem perquirição de sua causa e nem prazo, bastando que se comprovasse o caráter definitivo da separação”, *esclarecendo ainda a não aplicabilidade da norma às uniões estáveis*: “As considerações valem por comparação com a situação de companheiro sobrevivente, que, em face do caráter informal da união, somente receberá a herança se mantida a convivência até a morte do seu parceiro. Se ocorrida a dissolução da vida em

comum anteriormente à abertura da sucessão, ainda que sem desate judicial, desaparece aquele direito sucessório.” (itálicos não constantes do original)

Destarte, p. ex., se os cônjuges, por ocasião da abertura da sucessão estiverem separados de fato há menos de 02 (dois) anos, porém em situação permanente de rompimento da sociedade conjugal, p. ex., amparado por deferimento judicial de separação de corpos, uma vez restando evidente a insubsistência da *affectio maritalis* entre os cônjuges, *nada justifica a possibilidade de que um possa recolher direito sucessório legal advindo do outro.*

Ratificando tal caminho, trazemos, p. ex., importante decisão do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo: “Agravo de instrumento. Habilitação da viúva como única herdeira. Casamento no regime da separação de bens. Circunstância que não a impediria de herdar, precedendo colaterais. Porém, **o casal já se achava separado de fato.** Convívio por pouco mais de dois meses, não reatado até a morte do marido, cerca de quase um ano depois. **Ausência de condição de sucessor, mesmo diante da regra do art. 1.830 do CC. Interpretação sistemática.** Decisão mantida. Recurso desprovido” (TJSP, 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de justiça de São Paulo, Agravo de Instrumento nº 2228909–49.2014.8.26.0000, relator Desembargador Claudio Godoy, julgado em 09.06.2015.)” (destaques nossos).

Do corpo do v. aresto colhe-se o seguinte raciocínio: “Mas justamente em razão dessas circunstâncias todas é que, com a **separação de fato, uma vez consolidada e provada, cessam os efeitos próprios do casamento.** Não há mais dever de fidelidade, tanto que os separados podem constituir união estável. E mesmo para seu divórcio, nada mais se discutirá senão a vontade de um só pelo menos dos cônjuges. Do mesmo modo, cessa o regime de bens. Como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, ‘o conjunto de bens adquiridos por um dos cônjuges, após a separação de fato, não se comunica ao outro, não podendo, por isso, ser partilhado’ (AgRg no Ag 682.230/SP, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 16/06/2009, DJe 24/06/2009; AgRg no Ag 961.871/GO, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/03/2008, DJe 15/08/2008). Insista-se, porque a separação de fato determina o real esgotamento da relação conjugal, evanescendo-se seu conteúdo material de afeto, os bens que nesse entretempo se adquiram não se comunicam ao cônjuge (v.g. STJ, Resp. no 202.278/SP, 40.785, 86.302, 67.678 RSTJ 189/383, RT 783/237, 749/251). Ora, **pois rigorosamente a mesma deve ser a solução para a vocação hereditária do cônjuge supérstite. E sem que o impeça o prazo estabelecido no artigo**

1.830 do CC. Menos ainda, não decorrido o biênio lá previsto, a necessidade de verificação da culpa pela impossibilidade de manutenção da vida em comum (...) E isto tudo mais ainda quando se tratava de divórcio, ao que, desde a Constituição Federal de 88, apenas se exigia tempo de separação de fato, sem discussão de culpa, portanto em face da objetiva insuportabilidade da vida em comum, destarte da falência da relação conjugal. Depois, sobrevinda a Emenda 66, nem mesmo do tempo de consolidação da separação de fato se passou a cogitar. Portanto, vale o acréscimo, tal como da culpa, igualmente não se sustenta a exigência de tempo em si de separação de fato para que cesse a condição de herdeiro do cônjuge que nesta situação se encontra. Insista-se, tem-se dado que nem mesmo ao divórcio se exige mais. O que se põe em realce é a exata compreensão da conformação constitucional do casamento e mesmo a necessidade de uma interpretação infraconstitucional, assim da legislação comum, que além de conforme à Constituição seja inteligente, isto é, que leve a resultado coerente porque preserva a racionalidade do sistema, a lógica de suas interconexões. **A interpretação, no campo do direito, deve preservar a unidade do sistema como um todo (princípio da unidade da ordem jurídica), evitando resultado que leve a uma incoerência interna em suas múltiplas conexões (ENGLISH, Karl. Introdução ao pensamento sistemático, 7. ed., Calouste Gulbenkian, p. 123; MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. Rio de Janeiro: Forense, 16. ed., p. 134).** Mesmo no âmbito codificado, cabe não olvidar ainda importante consideração que se põe na própria compreensão do Código Civil, e de sua disciplina sobre a matéria, como um sistema dotado, justamente, de uma racionalidade própria, de uma unidade que tem de ser preservada. Diferente de outras formas de condensação normativa, como a consolidação ou a compilação, um Código se caracteriza pela sua natureza constitutiva do direito (cria direito), mas baseando-se em uma racionalidade intrínseca (por todos: LORENZEWTI, Ricardo Luis. Fundamentos do direito privado. Trad.: FRADERA, Vera Maria Jacob de. São Paulo: RT, 1998. p. 42). Tem-se um sistema que, como lhe é próprio, vem dotado de uma ordem e unidade que precisam ser preservadas. Desnuda-se, a rigor, a noção kantiana do conjunto de conhecimentos ordenado e a compreensão do sistema como um conjunto de elementos inter-relacionados, ligados entre si por conexões lógicas, que formam um todo coerente. Daí sustentar-se que as normas do sistema devam ser interpretadas de modo a evitar incoerências. Convenha-se, nada do que se daria ao se admitir que, apenas para configuração da situação sucessória do cônjuge, fosse preciso contar prazo para a separação de fato ou verificar a culpa pela sua ocorrência, mas irrelevantes, no sistema, para a própria dissolução do casamento ou

para a constituição de entidade de igual dignidade, assim tomadas a união estável e a previsão do art. 1.723, par. 1º, do CC. Pior, com ela a união estável já se erigindo nova situação sucessória do companheiro, que não se pode, sem quebra de coerência, justapor à anterior, oriunda do casamento, porém, já exaurido. De novo, calha a observação de Mauro Antonini: “há incoerência na fixação do prazo de dois anos, pois, no regime anterior à EC nº 66/2010, o decurso do prazo de um ano de separação de fato era suficiente para se postular separação judicial litigiosa, sem perquirição de culpa, no pressuposto de que, transcorrido esse prazo, não havia mais a comunhão plena da vida, efeito do casamento (art. 1.511). A incongruência se acentua a partir da EC nº 66/2010, ante a interpretação de que o divórcio se tornou admissível sem necessidade de transcurso de prazo mínimo e sem discussão de culpa, podendo ser postulado, por exemplo, no dia seguinte ao casamento. Também há contradição entre a fixação de dois anos de separação de fato para perda do direito sucessório quando a lei autoriza que o cônjuge separado de fato possa, logo após a separação de fato, constituir união estável (art. 1.723, § 1º). **A prevalecer a interpretação literal do art. 1.830, será possível a subsistência do direito sucessório do cônjuge durante dois anos e, antes de findo esse prazo, estar caracterizada união estável do autor da herança, o que resultará na concorrência à sucessão entre cônjuge e companheiro sobrevivente**”. PELUSO, Cezar (Coord.). Código civil comentado. 6. ed. São Paulo: Manole, p. 2211).” (destaques nossos)

E não é só, mantendo a mesma coerência, vejamos a seguinte decisão do mesmo Pretório: “Inventário. Insurgência contra interlocutória que reconheceu a ausência da qualidade de herdeira de cônjuge sobrevivente, determinando sua remoção da inventariança. Decisão acertada. **Própria agravante afirmou que se encontrava separada de fato do falecido por ocasião do óbito**. Interpretação sistemática do artigo 1.830 do Código Civil. Condição de sucessora não configurada. **Irrelevância do período de separação e de eventual inexistência de culpa do cônjuge sobrevivente**. Agravo desprovido.”

Vejamos agora quais os argumentos são formulados no bojo da r. decisão: “A própria agravante afirmou no inventário, págs. 126/131 dos autos na origem, **que se encontrava separada de fato do falecido** desde 22 de março de 2015, ou seja, **é fato incontroverso a separação do casal por ocasião do falecimento do autor da herança**. O artigo 1.830 do Código Civil dispõe que “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.” Ocorre que, com o advento da Emenda Constitucional n.º

66/2010, o divórcio se tornou admissível sem necessidade de transcurso de prazo mínimo e sem discussão de culpa, além do que, o cônjuge separado pode, logo após a separação de fato, constituir união estável. **Com efeito, a interpretação do artigo 1.830 do Código Civil deve ser feita à luz das disposições constitucionais, levando em consideração que a separação de fato entre as partes cessa os deveres matrimoniais e encerra a relação de natureza patrimonial, logo, por consequência lógica, não há razão para a manutenção da qualidade de herdeiro do cônjuge sobrevivente que se encontrava separado de fato quando do óbito.**”⁶ (destacamos)

Nessa mesma esteira declama Paulo Lôbo: “Admitida a incompatibilidade com a Constituição, o art. 1.830, decotado dos requisitos extravagantes, *deve ser interpretado no sentido de não ser investido em direito sucessório o ex-cônjuge que se encontrava separado de fato na data da abertura da sucessão do outro, independente de tempo de separação ou de verificação de culpa do falecido [...]* Considera-se separada de fato o cônjuge que venha a falecer antes de transitada em julgado a sentença do divórcio judicial (STJ, Resp 239195).” (itálicos nossos)

Discorre, outrossim, com absoluta propriedade, Maria Berenice Dias: “Para o cônjuge preservar a qualidade de herdeiro, é preciso que a sociedade conjugal tenha persistido

⁶ TJSP, 4ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento n.º 2.053.923-77.2018.8.26.0000, relator Desembargador Natam Zelinski de Arruda, julgado em 19 de abril de 2018. Por todos os motivos expostos em ambos os arestos, não estamos acordes com a decisão estampada no julgado cujo ementa ora reproduzimos, em nosso sentir e, com a máxima vênua, parcialmente incompatível com a realidade atual do nosso Direito Civil Constitucional: “AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. INVENTÁRIO. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO DA VIÚVA EM RELAÇÃO À RESIDÊNCIA DO CASAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. ART. 557 DO CPC/1973. JULGAMENTO COLEGIADO POSTERIOR. SUPERAÇÃO DE EVENTUAL IRREGULARIDADE. SEPARAÇÃO DE CORPOS. IMPUGNAÇÃO DE HERDEIRO. ALEGAÇÃO DE ADULTÉRIO. SEPARAÇÃO HÁ MENOS DE DOIS ANOS DA MORTE DO MARIDO. EXAME DE EVENTUAL CULPA DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE. DESCABIMENTO. ARTS. 1.831 E 1.832 DO CC/2002. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Nos termos do Enunciado n. 2 do Plenário do STJ, aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. 2. A teor da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, eventual mácula da decisão monocrática do relator fica superada com o julgamento do recurso pelo órgão colegiado competente. Inexistência de violação do art. 557 do CPC/1973. 3. “O cônjuge herdeiro necessário é aquele que, quando da morte do autor da herança, mantinha o vínculo de casamento, não estava separado judicialmente ou não estava separado de fato há mais de 2 (dois) anos, salvo, nesta última hipótese, se comprovar que a separação de fato se deu por impossibilidade de convivência, sem culpa do cônjuge sobrevivente”, sendo certo, outrossim, que “O fato gerador no direito sucessório é a morte de um dos cônjuges e não, como cediço no direito de família, a vida em comum” (REsp 1.294.404/RS, Rel. Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, DJe de 29/10/2015). 4. Hipótese em que, conforme consignado pelas instâncias ordinárias, a separação do casal decorre de decisão concessiva de separação de corpos, há menos de dois anos anteriores à data do falecimento do marido, determinando o afastamento temporário da esposa da residência familiar. Não se tratando, portanto, de separação judicial, tampouco de separação de fato, exclui-se a possibilidade de exame da culpa pela separação, assegurando-se o direito hereditário, e, por consequência, o direito real de habitação relativamente ao imóvel que servira de residência da família. 5. Agravo interno desprovido.” (STJ, 4ª Turma, AgInt no REsp 1281438, relator Ministro Lázaro Guimarães, julgado em 05/06/2018).

até o falecimento do outro. A separação de fato subtrai do viúvo a condição de herdeiro. Admitir possibilidade de o cônjuge herdar quando o casal já estava separado de fato, é perpetuar os efeitos do casamento para depois do seu fim. Não há como assegurar direito hereditário a quem nem mais cônjuge era. Tal afronta aos princípios éticos mais elementares, além de gerar enriquecimento sem causa, pois o ex-cônjuge herdaria o patrimônio amealhado depois da separação [...] Estes absurdos consagrados na lei (CC art. 1.830) perderam significado a partir do momento em que a jurisprudência passou a considerar rompido o casamento quando cessa a convivência. De outro lado, a EC 66/2010, ao acabar com a separação, pôs um ponto final na culpa. *Não mais persistindo os deveres do casamento nem o regime de bens, tal subtrai a possibilidade de o sobrevivente ser reconhecido como herdeiro. Nem concorre com os sucessores nem preserva a qualidade de herdeiro.*” (idem)

Igualmente trilhando o mesmo pensamento, assim se pronunciam Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald: “7.3. Exclusão sucessória do cônjuge na hipótese de separação de fato. Seguramente, o fundamento alvitado pelo legislador para deferir direito sucessório ao cônjuge é a convivência, a mútua colaboração, material e imaterial para alcançar objetivos comuns do núcleo familiar. Bem por isso, na eventual hipótese de o casal estar divorciado, separado judicialmente ou separado de fato quando da abertura da sucessão, cessa a solidariedade recíproca que justifica a transmissão sucessória excluindo o direito hereditário do cônjuge sobrevivente. Merecem endosso as certeiras palavras de Washington de Barros Monteiro: “para participar da sucessão, o cônjuge supérstite deve estar convivendo com o autor da herança à época do óbito. É o que diz, *verbum ad verbo*, o art. 1.830 do Estatuto Substantivo [...]. Entrementes o texto codificado peca gravemente ao fazer alusão a um prazo para a cessação do direito sucessório em caso de separação de fato: somente dois anos (longos) separação de fato extinguiriam o direito sucessório do cônjuge sobrevivente. A separação de fato, assim, é um estado continuativo, caracterizando-se pela simples cessação da coabitação em razão dos interesses profissionais ou pessoais dos consortes, quando, por exemplo, resolvem conviver em casas separadas. Veja-se ilustrativamente: ‘O cônjuge que se encontra separado de fato não faz jus ao recebimento de quaisquer bens havidos pelo outro por herança transmitida após a decisão liminar de separação de corpos’ (STJ, Ac. unânime. 4ª Turma, Resp 1.065.2019/ SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, j. 8.6.2010). Como se mostra, a jurisprudência superior é firme em negar direito hereditário ao cônjuge separado de fato, por conta da ruptura da base de sustentação da relação casamentária. *Pelo fio do exposto, conclui-se, com absoluta segurança e convicção, que a simples separação de fato, sem*

qualquer perquirição de prazo, é suficiente para a cessação dos direitos hereditários (e de habitação) do cônjuge, por conta da ruptura da base afetiva e da solidariedade recíproca entre o casal. Até porque a sucessão hereditária é regulada por um critério abstrato de solidariedade familiar. Antevemos, até mesmo, que beneficiar o consorte separado de fato seja qual for o prazo de ruptura da conjugalidade, implicaria um verdadeiro enriquecimento sem causa (CC, arts. 884 e 885), por conta da ausência de colaboração recíproca a justificar o recebimento patrimonial [...] Esse é o único entendimento que rende homenagem ao princípio da confiança, efetivando a boa-fé objetiva, norte das relações patrimoniais.” (idem)

Como fecho e em igual senda, dispara Flávio Tartuce: “Na esteira de todas essas lições e conforme já manifestado nesta obra em edições anteriores, quando escrita em coautoria com José Fernando Simão, *é necessário fazer uma leitura idealizada do art. 1.830 do Código Civil, com a seguinte dicção: ‘somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro não estavam separados judicialmente ou extrajudicialmente, nem separados de fato.’*”

Aliás, não é despidendo trazer à luz que, de muito, mesmo antes do advento da Emenda Constitucional n. 66/2010, doutrinadores de mão cheia já propunham não ser considerado sucessor do hereditando o cônjuge que, por ocasião do decesso daquele, já se encontrava separado de fato, independentemente do prazo dessa separação.

Vejam a preciosa reflexão de Rolf Madaleno: “Relembre-se que o Superior Tribunal de Justiça, através de vários julgados e antes da vigência do código, entendera que, após a separação de corpos, a herança recebida por um dos cônjuges não deve entrar na meação, para depois ser dividida em razão de o regime matrimonial de bens ser o da comunhão universal. Também não fazia jus à sucessão pelo falecimento do pai do cônjuge varão a esposa que, à época do óbito, já se achava separada de fato há vários anos, inclusive com ação de divórcio em andamento, descabendo a habilitação de cônjuge em inventário quando há alegação de separação de fato, pois os bens adquiridos pelo varão, por herança, após a ruptura da vida em comum não se comunicam, independentemente do regime matrimonial de bens. A separação de fato, por erodir a arquitetura conjugal, acarreta o fim de deveres do casamento e, assim, do regime patrimonial, não se comunicando os bens havidos depois daquele desate matrimonial. Não é sem razão que já foi encaminhada ao Congresso proposta de alteração do art. 1.830 do credo civil, sugerindo que, já estando o casal separado de fato, desapareçam os direitos sucessórios dos cônjuges, devendo ser afastada qualquer referência a prazo mínimo de separação fática para que tal fenômeno ocorra, bem como,

ainda, o questionamento da culpa. É que a redação atual enseja situações de concorrência na sucessão entre um ex-cônjuge separado de fato e um companheiro, em decorrência de união estável formada após o afastamento fático, e que não encontra previsão no Código. Segundo, porque, ao admitir que o cônjuge remanesça com direito sucessório, mesmo após ultrapassar dois anos de separação de fato e desde que prove não ter sido culpado pelo afastamento do casal, aumentarão os conflitos dos inventários, já habitualmente seara de disputas, comprometendo sua finalização, pois a discussão da culpa é questão de alta indagação e deve ser enviada às vias ordinárias, tornando incerta a ultimação do espólio. Na proposta enviada explica-se ser desnecessária a menção da circunstância de que os companheiros separados de fato não tenham direitos sucessórios, pois, sendo a união estável um fato, com o afastamento do casal a relação desaparece, afastando qualquer cogitação de que, nestas circunstâncias, remanesça algum direito sucessório aos companheiros. ”

Continua a correta digressão do autor: “4.6. Separação de fato e vocação sucessória do cônjuge. Ordena o art. 1.830 do novo Código Civil que somente será reconhecido o direito sucessório do cônjuge sobrevivente se ele não estivesse separado de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível e sem culpa do sobrevivente [...] Contudo, acerto final tocou à jurisprudência majoritária e à doutrina dominante, ao concluírem que o passar do tempo gera para os cônjuges o direito de postular a decretação judicial de ruptura do casamento, afastando, inclusive, a pesquisa da culpa se existente um ano de fática separação. E se a ausência de voluntária coabitação é capaz de desfigurar a noção superada de comunicação dos bens conjugais, estando pacificada a compreensão de que só mesmo a convivência conjugal numa habitação copartida é que justifica e autoriza a repartição dos bens, e que não faz mais qualquer sentido seguir manipulando injustas ilusões de postergar na ficção do tempo o que os cônjuges já encerraram no plano fático de suas relações. Corpos e espíritos separados não podem gerar comunicação patrimonial fundada apenas no registro meramente cartorial do casamento. Mola-mestra da comunicação dos bens é a convivência conjugal, sendo que a simples separação de fato desativa o regime patrimonial. Portanto, não faz sentido que o novo Código Civil reclame ainda dois longos anos de fatural separação (art. 1.830 do novo Código Civil), para só depois deste lapso de tempo afastar da sucessão o cônjuge sobrevivente. Ora, se não sobreviveu o casamento no plano fático, não há nexos em estendê-lo por dois anos no plano jurídico, apenas porque não foi tomada a iniciativa da separação judicial ou do divórcio. Suprimida a vida em comum, este é o marco da incomunicabilidade dos bens e da exclusão da vocação hereditária

do cônjuge que ficou viúvo tão somente no plano formal. [...] E também não faz o menor sentido manter a causa objetiva da separação de fato, fixando em dois anos o marco final da precedente comunicação de bens, porque prossegue o arranjo de forçar efeitos jurídicos patrimoniais para casamentos já desfeitos de corpo e de espírito. Seremos todos testemunhas de que vidas afetivas desfeitas serão artificialmente prolongadas em juízo, para que os processos não excluam a esperança de herdar de um sogro ou de uma sogra moribunda. Sem considerar que inventários não comportam instrução processual, obrigando herdeiros e meeiros a sustarem o inventário e litigarem em processo apartado e conexo, a inocência ou a culpa do defunto pela fática separação, a quem já haviam rendido as derradeiras homenagens e desejado que descansasse em paz. ”

É de se sublinhar, igualmente, as seguintes palavras, *verbis*: “*Outrossim, a separação de fato, independentemente de prazo, implica perda do direito à herança, apesar da lamentável dicção do art. 1.830 da Lei Civil a insinuar que o direito do cônjuge à sucessão do outro somente seria desfeito após dois anos de separação fática.*” (idem)

Por fim, e em resumo, cabível na atualidade a *releitura civil constitucional* quanto a correta aplicação do art. 1.830 do CC antes destacada (perda dos direitos sucessórios legais com a inequívoca separação de fato dos cônjuges), sendo que tal regra, mesmo antes da equiparação de direitos sucessórios entre cônjuge companheiro sobrevivente realizada, sem mais discussões, pelo STF através dos aludidos RE’s 878694 e 646721, *nunca foi destinada a ser aplicada à união estável*, porquanto a dissolução da família assim formatada jamais foi revestida de formalidades iniciais e finais, tal qual ocorre com o matrimônio, *bastando ser encontrado o termo final da união fática para desaparecer o direito sucessório antes atribuído aos ex-conviventes.*⁷

⁷ “Ação de anulação de partilha cumulada com petição de herança. Ex-companheira. Improcedência. **Extinção da união estável anterior ao falecimento, reconhecida por sentença transitada em julgado. Ausência de direito sucessório**, já que não mais persistia a entidade familiar com o de cujus à época da morte. Subsistência do direito sucessório por dois anos após a separação de fato, nos termos do art. 1.830 do Código Civil. **Inaplicabilidade a casos de união estável e de duvidosa constitucionalidade em casos de casamento.** Recurso não provido.” (Apelação nº 0017003-29.2007.8.26.0161. Relator Desembargador Francisco Loureiro. Primeira Câmara de Direito Privado, julgamento em 24-11-2015). (destaques nossos)

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALMEIDA, Cândido Mendes. de Ordenações Filipinas, Universidade de Coimbra, consulta em 25.12.2012.

CHAVES, Cristiano e ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil, 7: Sucessões. São Paulo: Atlas.

DIAS, Maria Berenice. Manual das Sucessões. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
ENGLISH, Karl. Introdução ao pensamento sistemático, 7. ed., Calouste Gulbenkian;

LÔBO, Paulo. *Direito civil. Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2013.

LORENZEWTTI, Ricardo Luis. Fundamentos do direito privado. Trad.: FRADERA, Vera Maria Jacob de. São Paulo: RT, 1998.

MACHADO, Barbara Valério. União estável e casamento no âmbito familiar e sucessório: o julgamento dos Recursos Extraordinários nºs 878.694 e 646.721 pelo Supremo Tribunal Federal e suas possíveis repercussões na matéria. <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/177373>, pesquisa em 07.11.2017.

MADALENO, Rolf. *Revista Brasileira de Direito de Família*, IOB Thomson/IBDFAM, ano VII, nº 29, abr.-maio 2005.

_____. *Curso de direito de família*. 6. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2015.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 16. ed.

PELUSO, Cezar (Coord.). *Código civil comentado*. 6. ed. São Paulo: Manole.

TARTUCE, Flavio. *Direito civil*, 6, *Direito das sucessões*, 8ª ed. São Paulo: Gen/Método, 2015.

OLIVEIRA, Euclides de e AMORIM, Sebastião. *Inventário e Partilha. Teoria e Prática*, 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.