

O DIVÓRCIO NO DIREITO BRASILEIRO APÓS A EMENDA 66/10 E SUAS CONSEQUÊNCIAS NO CAMPO SUCESSÓRIO

Roberto Paulino de Albuquerque Júnior[†]

Sumário. Introdução. 1. Premissas – principais questões sobre o divórcio após a Emenda Constitucional 66 de 2010; 2. O papel do cônjuge no direito das sucessões; 3. Os pontos controversos do art. 1.830 do Código Civil; 4. A separação judicial; 5. A separação de fato e seus efeitos; 6. A “culpa mortuária”; 7. Possibilidade de concorrência entre cônjuge e companheiro; Considerações finais; Referências.



INTRODUÇÃO

O modelo dual de separação e divórcio existiu no direito brasileiro por vinte e três anos.

De 1977 a 2010, os casais que desejassem oficializar a ruptura da relação precisavam se submeter ao processo prévio de separação judicial, para só depois, com o cumprimento de prazos e causas submetidas à análise do Poder Judiciário, obter o reconhecimento jurídico do fim da união.

A única exceção residia nos casos de separação de fato por mais de dois anos, possibilidade inaugurada com o novo texto constitucional, em 1988.

[†] Doutor em direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor Adjunto de direito civil da Faculdade de Direito do Recife – UFPE. Tabela de Notas e Registrador de Imóveis.

O movimento de rejeição da separação de direito, articulado pela sociedade civil, resultou na aprovação pelo legislativo da Emenda Constitucional nº 66 de 2010. Por meio dela, foi alterado o art. 226, §5º, da Constituição da República, com o fim de permitir o divórcio direto independentemente de separação de fato prévia ou de qualquer outro requisito autorizador.

Reformado o sistema de direito de família em tão significativo ponto, cabe à doutrina investigar os efeitos da Emenda e sua repercussão sobre os mais variados temas que são afetados pelo tratamento do direito matrimonial.

A discussão sobre a matéria é de crucial importância no atual estado do direito privado nacional.

É preciso identificar as questões polêmicas trazidas pela remodelação da figura do divórcio, de modo a pô-las em debate e contribuir para a construção de soluções dogmáticas que permitam aplicar o divórcio direto de forma efetiva, potencializando a solução mais eficiente dos conflitos familiares.

O presente trabalho tem por objetivo examinar os efeitos sucessórios da Emenda, investigando se a nova regulamentação do divórcio modifica, em alguma medida, a disciplina da sucessão do cônjuge sobrevivente no direito brasileiro em vigor.

Para isso, após rápida recapitulação sobre o alcance e a eficácia da Emenda 66, se passará a examinar a sucessão do cônjuge, seus fundamentos jurídicos e os principais aspectos de seu regramento, enfrentando, ponto a ponto, os possíveis impactos do novo divórcio sobre as estruturas sucessórias.

1. PREMISSAS – PRINCIPAIS QUESTÕES SOBRE O DIVÓRCIO APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL 66 DE 2010

Traçado o objetivo de escrever sobre a repercussão sucessória da Emenda 66, é preciso assentar algumas premissas acerca da nova sistemática do divórcio, necessárias para a compreensão do tema posto.

Para evitar que este exercício tome demasiado espaço e retarde o ingresso no campo sucessório, elas serão articuladas de forma concisa, remetendo-se o leitor a outro trabalho em que seus fundamentos jurídicos foram desenvolvidos de forma mais detida.¹

I. A Emenda 66 se aplica imediatamente. A alteração procedida no §5º do art. 226 da Constituição Federal tem a seguinte redação: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.” Trata-se de norma estruturada como regra jurídica, dotada de suporte fático completo e que não requer definições legais suplementares, procedimentos ou complementos quaisquer. Não há obstáculos a que incida imediatamente.

II. A separação de direito, judicial ou extrajudicial, está extinta. A separação de direito perdeu totalmente a função a partir da previsão constitucional do divórcio direto independentemente de separação de fato prévia. A separação formal constituía um requisito preliminar para a obtenção do divórcio, que só foi mantido no direito brasileiro como conciliação entre as bancadas divorcista e anti-divorcista. A interpretação segundo a qual a separação de direito permanece como uma faculdade deferida às partes não deve ser acolhida.

III. A separação de fato permanece no sistema e mantém os seus efeitos. Embora a separação de fato não tenha mais relevância como requisito para o divórcio direto, o estado de

¹ ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. O divórcio após a Emenda Constitucional nº 66 de 2010: anotações para uma primeira abordagem. In ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; LÔBO, Paulo; ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de *et alii.* (orgs). *Temas atuais de direito de família*. Recife: Nossa Livraria, 2010. Consulte-se ainda LÔBO, Paulo. Divórcio: a EC-66 e suas conseqüências. *Advocatus*. Recife: Escola Superior de Advocacia Prof. Ruy Antunes, a. 3, n. 5, nov. 2010; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo. *O novo divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2010.

separação fática, delineado a partir do art. 1.723 do Código Civil, continua a produzir seus efeitos específicos. Logo, os separados de fato podem constituir de união estável e a eficácia do regime de bens do casamento é sustada.

IV. O divórcio direto constitui um direito formativo extintivo não vinculado a causas ou requisitos. O único requisito para o divórcio é o casamento prévio, existente e válido, e a manifestação de vontade do cônjuge. Não se exige concordância do cônjuge, cômputo de prazos ou indicação de causa. Com isso, a culpa na dissolução da entidade familiar está definitivamente extinta no direito brasileiro.

V. Os procedimentos anteriores se mantêm. Subsistem os procedimentos de divórcio consensual extrajudicial, divórcio consensual judicial, divórcio litigioso judicial. Se a ação é litigiosa, é em decorrência da falta de acordo quanto aos demais pedidos (guarda, partilha de bens, alimentos), mas não há impugnação possível quanto ao exercício do direito formativo extintivo de divórcio, que no processo pode inclusive ser decretado de plano pelo juiz, com base no art. 273, §6º, do CPC, prosseguindo-se a discussão nos mesmos autos quanto aos outros pedidos.

VI. Os separados judicialmente na vigência do regime anterior continuam com o mesmo status, mas os processos ajuizados antes da Emenda não podem ser sentenciados com deferimento da separação. Quem já está separado não pode, como é evidente, ser automaticamente divorciado por eficácia da Emenda. Os processos pendentes, ajuizados antes da Emenda, não podem ser julgados sem atenção ao direito superveniente que extinguiu o direito à separação, embora não se possa converter automaticamente os processos em ação de divórcio, pois esta é uma decisão da parte. Deve o juiz, com fundamento no art. 462 do CPC, levar em consideração o fato extintivo do direito à separação e constitutivo do direito ao divórcio direto, e intimar o requerente para se manifestar

quanto ao prosseguimento do feito como ação de divórcio. Se a manifestação for positiva, faz-se a alteração do pedido; se negativa, extingue-se o processo com resolução de mérito.

2. O PAPEL DO CÔNJUGE NO DIREITO DAS SUCESSÕES

O exame da experiência jurídica brasileira em matéria de direito sucessório demonstra que a posição do cônjuge tem se modificado substancialmente. Àquele que se reservava o papel de mero coadjuvante, cada vez mais direitos são concedidos. É possível identificar com clareza os motivos de política legislativa que conduziram a essa transição, e eles são relevantes para a interpretação das regras atuais e a mensuração da influência da nova regulamentação do divórcio sobre elas.

Poderia-se pensar que neste ponto o sistema nacional derivou, como em tantas outras matérias deriva, da influência romana. No que toca a sucessão legítima, contudo, há um hiato entre o tratamento histórico romanístico e as soluções do direito clássico liberal.

Os romanos² conheceram a sucessão do cônjuge em uma posição isonômica. O direito brasileiro das Ordenações, contrariamente, impôs gravíssimas restrições à herança fundada em laço conjugal.³

Teixeira de Freitas registrou, na Consolidação das Leis

² No sistema que decorre da Lei das XII Tábuas, por exemplo, a mulher *in manu* era herdeira, tendo a mesma cota dos filhos – *in filiae loco* (entre tantos, confira-se KASER, Max. *Direito privado romano*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, trad. S. Rodrigues e F. Hammerle, pp. 372-373).

³ O direito germânico já era a seu tempo bem mais severo: “En el derecho germánico, si bien la mujer viuda tenía algunos derechos respecto de los bienes del marido, éstos se reducían al usufructo de una parte de esos bienes, cuya propiedad se consolidaba en los hijos después de la muerte del marido. La mujer carecía de derecho hereditario, era excluida por los parientes consanguíneos y, a la falta de éstos, venían a la sucesión los vecinos.” (CÓRDOBA et alii. *Derecho sucesorio*. Buenos Aires: Editorial Universidad, tomo II, 1998, p. 274).

Civis, que o cônjuge só era chamado a suceder na ausência de parentes colaterais até o décimo grau, feita a contagem pela regra civil e não pela canônica.⁴

Essa era a tendência das legislações liberais. No direito francês, por exemplo, o cônjuge era colocado nas chamadas sucessões irregulares, junto aos filhos naturais e ao Estado, e só herdava após os colaterais até o décimo segundo grau,⁵ solução que mereceu críticas da doutrina, na França⁶ e fora dela.⁷

No Brasil, a mudança viria ainda antes do Código Civil. A Lei 1839, de 31 de dezembro de 1907, alterou o sistema e pôs o cônjuge à frente dos colaterais, regra mantida pelo Código de 1916.⁸

A crítica ao preterimento conjugal na sucessão em favor dos colaterais foi articulada, à época da entrada em vigor do Código Civil, por importante parte da doutrina. Hermenegildo de Barros ressaltou que “preferível, pois, à afeição presumida, é, sem dúvida, a afeição real entre os cônjuges, determinada pelo facto mesmo do casamento”.⁹ E Carlos Maximiliano expunha com contundência a sua discordância ao texto legal pretérito:

A mulher é, ou deve ser, a companheira dedicada e vigilante, a confortadora nos desastres

⁴ “Defere-se a sucessão á intestado na seguinte ordem: §1º. Aos descendentes; §2º Na falta de descendentes, aos ascendentes; §3º Na falta de uns e outros, aos collateraes até o decimo gráo por Direito Civil; §4º. Na falta de todos, ao conjuge sobrevivente; §5º. Ao Estado em ultimo logar.”

⁵ Vide HUC, Théophile. *Commentaire théorique & pratique du Code Civil*. Paris: Librairie Cotillon, tomo V, 1893, pp. 152-176.

⁶ DEMOLOMBE, C. *Traité des successions*. Paris: Imprimerie Générale A. Lahure, vol. XIV, 1879, p. 235.

⁷ Hermenegildo de Barros considerava que o sistema francês primitivo era talvez o mais desfavorável de toda a Europa (BARROS, Hermenegildo de. Do direito das sucessões. In LACERDA, Paulo de (org). *Manual do Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, vol. XVIII, 1918, p. 518).

⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsói, tomo LV, 1968, p. 236.

⁹ BARROS, Hermenegildo de. *Direito das sucessões, cit.*, p. 525.

parciais, a animadora e colaboradora, nas lutas para a constituição da fortuna, advinda tôda, às vezes, dela própria; era iníquo não a preferir a primos em grau afastado, desafetos, indiferentes, e, não raro, desconhecidos até.¹⁰

Ainda assim, a preferência ficava com os descendentes e ascendentes. Apenas em sua ausência teria lugar a herança determinada por casamento.

A solução aqui descrita, com o cônjuge em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, era porém reputada justa pela doutrina que comentou o Código Civil.¹¹

E sua justiça decorria de ser a comunhão universal o regime legal dispositivo. Se o consorte dispunha da meação, seus interesses já estavam devidamente assegurados, sem que fosse necessário remeter a tutela desses interesses ao campo do direito sucessório. Logo, a relação entre regime de bens e direito sucessório é imediata, influenciando decisivamente a mudança da política legislativa.¹²

Ocorre que a Lei do Divórcio alterou, em 1977, o regime legal dispositivo, que passou a ser a comunhão parcial de bens.¹³

Na hipótese de não existirem aqüestos no momento da abertura da sucessão, e havendo descendentes ou ascendentes,

¹⁰ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. 4 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, vol. I, 1958, p. 167.

¹¹ Vide, por exemplo, OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Tratado de direito das sucessões*. 3 ed. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, vol. I, 1936, p. 192; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, tomo LV, *cit.*, p. 236. Hermenegildo de Barros, no entanto, entendia que o cônjuge deveria figurar antes dos ascendentes (BARROS, Hermenegildo de. *Direito das sucessões*, *cit.*, p. 526).

¹² CICU, Antonio. *Successione per causa di morte*. Milano: Giuffrè, vol. I, 1954, p. 2; CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de direito da família e das sucessões*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 600 e 604.

¹³ Lei 6.515/77, Art 50: “São introduzidas no Código Civil as alterações seguintes: (...) 7) ‘Art. 258 - Não havendo convenção, ou sendo nela, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime de comunhão parcial.’”

o cônjuge se via em situação de desvantagem.

A previsão do usufruto viual,¹⁴ instituído por alteração determinada no Código Civil pelo Estatuto da Mulher Casada, seguia a sugestão de Pontes de Miranda, inspirada na regra romana.¹⁵ Essa via, porém, nem sempre solucionava o problema, podendo o sobrevivente ficar privado do mínimo patrimonial para a sua sobrevivência.

Era natural, portanto, que a alteração no regime de bens do casamento conduzisse à proposta de revisão do modelo sucessório, na linha do que ocorreu no direito positivo português,¹⁶ que inspirou o art. 1829 do Código Civil brasileiro de 2002.¹⁷

Essa sistemática em que o cônjuge ocupa as três primeiras posições da ordem de vocação (concorrendo com

¹⁴ “Art. 1.611. (...) § 1o O cônjuge viúvo, se o regime de bens do casamento não era o da comunhão universal, terá direito, enquanto durar a viuvez, ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houver filhos, deste ou do casal, e à metade, se não houver filhos embora sobrevivam ascendentes do de cujus. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962). § 2o Ao cônjuge sobrevivente, casado sob regime de comunhão universal, enquanto viver e permanecer viúvo, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962)”

¹⁵ “Se não houvesse no sistema jurídico brasileiro o regime matrimonial da comunhão de bens, ter-se-ia de pensar em algo como a quarta da viúva pobre, que surgiu com a Novela 53, cap. 6, e a Novela 117, cap. 5.” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado, tomo LV, *cit.*, p. 240).

¹⁶ Em Portugal, o Código de 1867 estabelecia o regime de comunhão universal, colocando o cônjuge sobrevivo após ascendentes, descendentes, irmãos e seus descendentes, à frente apenas dos demais colaterais. O Código de 1966 estatuiu a comunhão parcial como regime legal, e, após reforma realizada em 1978, pôs o cônjuge para herdar conjuntamente com descendentes e ascendentes (CAMPOS, Diogo Leite de. Lições de direito da família e das sucessões, *cit.*, pp. 600-603).

¹⁷ “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.”

descendentes, com ascendentes e na falta de ambos herdando sozinho), foi, é justiça dizer, primeiro preconizada por Clovis Bevilacqua, em passagem visionária:

Os cônjuges devem se achar numa situação tal que, pela força vinculadora dos sentimentos efetivos e pela harmonia dos interesses, possam apresentar-se como uma individualidade biológica, embora composta. A Bíblia chamo-os a formar um só corpo, - *caro una*; a ciência não trepida em considerá-los a individualidade biológica primária, sob a responsabilidade de um JAEGER. *Não podem ser preteridos na sucessão por qualquer categoria de parentes, e só devem deparar concorrentes na linha reta descendente e ascendente.*¹⁸

Assim procedeu o Código Civil. Desta forma, atualizou o sistema sucessório, tendo em conta a importância dos laços afetivos que os clássicos já salientavam e eliminando a discrepância instalada pela reforma do regime de bens.

A transição legislativa confirma que o direito das sucessões não está imune a mudanças e não é tão estável e imutável quanto alguns autores sustentavam. Há uma vinculação profunda entre o direito de família e o direito hereditário, demonstrando que as transformações ocorridas no direito de família brasileiro repercutiram na ordem de vocação e nos fundamentos que a estruturam.¹⁹

¹⁸ BEVILACQUA, Clovis. *Direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978, p. 96, grifo nosso.

¹⁹ “O direito das sucessões é profundamente informado pelo Direito de Família. A ordem de vocação hereditária é o mais acabado exemplo. A escolha do destinatário dos bens deixados pelo *de cuius* é uma opção do legislador. Ele escolhe beneficiar a família, seja por conta de necessidade de garantir a sua continuidade, seja porque fatalmente a família terá colaborado, direta ou indiretamente, para a aquisição do patrimônio. (...) As alterações pelas quais passou a família no último século não passaram despercebidas pelo direito: assim foi com o reconhecimento das uniões sem casamento, a nova dinâmica da adoção, a valorização do afeto e assim por

A interpretação das regras sucessórias do Código de 2002 deve ser efetuada à luz desses fundamentos renovados. A transmissão *mortis causa* deixa de ser apenas uma consequência patrimonial da perpetuidade do domínio e passa a refletir uma função assistencial, fundada no princípio da solidariedade,²⁰ com o intuito de garantir a aqueles indivíduos mais próximos ao *de cuius* os meios econômicos para a sua subsistência digna. Essa proximidade não é necessariamente fundada em laço consaguíneo, privilegiando-se os vínculos afetivos, como o atual tratamento da sucessão do cônjuge demonstra.

Em que pese a crítica colhida no direito comparado ao fortalecimento da posição sucessória do cônjuge,²¹ as bases do tratamento proposto pelo Código Civil estão devidamente alinhadas com os valores da Constituição Federal. O problema reside nos detalhes, e é às polêmicas suscitadas pelos detalhes da regulamentação do Código Civil que devemos nos ater,

diante. O novo tratamento jurídico dispensado à família informa uma renovada ordem de vocação hereditária, em que, para ficar num único exemplo, o companheiro sobrevivente passa a ter direitos sucessórios bem especificados. Vale dizer: as relações conjugais e parentais importam para o direito das sucessões, e ele delas depende.” (CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. O ensino do direito civil: breve ensaio sobre o direito das sucessões. In TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (orgs). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, vol. II, pp. 662-663.

²⁰ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 75.

²¹ “A desinstitucionalização do casamento deveria levar ao afrouxamento dos laços jurídicos entre os cônjuges, através de uma redução ou eliminação dos bens comuns e dos poderes de administração também comuns. Mas deveria determinar também o esbatimento, ou mesmo a supressão, dos direitos sucessórios imperativos do cônjuge sobrevivente. Transformar um cônjuge em herdeiro forçado do outro é, ao arrepio das tendências que temos vindo a descrever e da lógica, acentuar ainda mais a comunhão patrimonial perante um casamento cada vez mais flexível e cada vez mais temporário. (...) se abriu largamente a janela sucessória aos casamentos por interesse: agora, o nubente interessado é herdeiro legítimário, e se não houver descendentes nem ascendentes, herdará mesmo tudo. Bastar-lhe-á um pouco de paciência.” (CAMPOS, Diogo Leite de. Lições de direito da família e das sucessões, *cit.*, pp. 605-606). No mesmo sentido: ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: sucessões*. 5 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 344.

investigando o grau de influência que a alteração no divórcio teve sobre eles.

3. OS PONTOS CONTROVERSOS DO ART. 1.830 DO CÓDIGO CIVIL

Como dito, a regra geral que disciplina a ordem de vocação da sucessão do cônjuge, contida no art. 1829, não traz ao intérprete grandes dificuldades.²²

É o art. 1.830, regulador das condições em que o cônjuge pode ser chamado à sucessão, que suscita as discussões atuais.

Nele se lê o seguinte:

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.

Para que o cônjuge possa suceder é preciso, além da evidente exigência de que esteja vivo ao tempo da abertura da sucessão²³: (a) que ao tempo da morte não estivessem separados judicialmente; (b) que ao tempo da morte não estivessem separados de fato há mais de dois anos; (c) se estivessem separados de fato há mais de dois anos, que essa separação tenha se dado por impossibilidade de convivência não causada pelo pretense herdeiro.

A delimitação da eficácia do polêmico dispositivo deve ser extraída a partir de cada um destes requisitos.

²² O mesmo não se pode dizer do art. 1.790, que trata do direito sucessório dos companheiros em união estável e tem motivado extenso debate, que neste trabalho será lateralmente mencionado no tópico 6.

²³ Vide, por exemplo, CICU, Antonio. *Successione per causa di morte*, *cit.*, pp. 76-77.

4. A SEPARAÇÃO JUDICIAL

O Código Civil de 1916, em sua redação original, já afastava o direito sucessório do cônjuge desquitado (art. 1611). A Lei do Divórcio operou apenas a atualização terminológica, condicionando a sucessão à ausência de ruptura da sociedade conjugal.

O cônjuge separado, à toda evidência, carece do vínculo que justifica a inserção na ordem de vocação hereditária. Dissolvida a sociedade conjugal, não há que se falar em direitos sucessórios, pois o seu fundamento desaparece.²⁴

Com a Emenda 66/10, a separação é extirpada do direito brasileiro, como já observado. Surge então o interesse em determinar se esta causa de extinção de direito sucessório continua sendo aplicável.

A solução parece estar na premissa já enunciada de que não há divórcio automático decorrente da incidência da Emenda.

Embora não seja mais possível pleitear a separação na nova sistemática do divórcio (e nem tampouco deferir os pedidos de separação ajuizados antes da vigência da Emenda), aqueles que se separaram no regime anterior mantêm o seu estado civil de separados.

Logo, se o ex-cônjuge falece nesta condição, inexistirá direito à sucessão. Vale salientar que, uma vez comprovada a separação, pouco importa se o sobrevivente foi ou não considerado culpado, pois a sucessão perde o seu fundamento jurídico,²⁵ ao contrário do que se dá no direito italiano.²⁶

²⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. XXI, 2009, p. 287.

²⁵ Neste sentido, MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*, cit., p. 170; VELOSO, Zeno. *Direito hereditário do cônjuge e do companheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 123.

²⁶ Vide o artigo 585 do *Codice Civile*. Na doutrina, entre tantos, confira-se ROPPO, Vincenzo. *Istituzioni di diritto privato*. 5 ed. Bologna: Monduzzi, 2005, p. 846.

Deve-se ter ainda em mente que a separação pode ter-se dado por múltiplas modalidades, todas elas geradoras do mesmo efeito. Neste ponto equipara-se a eficácia no plano sucessório da separação judicial litigiosa, da separação judicial consensual e da separação extrajudicial.²⁷

O mesmo efeito deve ser atribuído ao divórcio.²⁸ O cônjuge que já está divorciado à época da abertura da sucessão não tem direito a suceder.

Deve-se considerar que a perda do direito sucessório se consolida no momento da homologação judicial do pedido consensual de separação ou divórcio, ou do trânsito em julgado da sentença nas hipóteses de litígio.²⁹ Se a morte apanha o cônjuge com a demanda em andamento, o sobrevivente será viúvo e herdeiro³⁰ (salvo enquadramento nas hipóteses fundamentadas em separação de fato, que adiante serão vistas). Além disso, a condição de herdeiro não se perde retroativamente se obtida prévia separação de corpos.³¹

Na hipótese de separação ou divórcio extrajudiciais, a data lavratura da escritura pelo tabelião deve ser considerada como termo dos direitos sucessórios.

Se há anulação ou nulidade do casamento, perde-se o direito à herança. A boa-fé, contudo, qualificando o casamento como putativo, restaura a condição de herdeiro do cônjuge até o trânsito em julgado da sentença que desconstitui ou declara nulo o vínculo matrimonial.³² É preciso atentar, porém, que os

²⁷ LEITE, Glauber Salomão. *Sucessão do cônjuge sobrevivente: concorrência com parentes do falecido*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008, pp. 74-75.

²⁸ VELOSO, Zeno. Direito hereditário do cônjuge e do companheiro, *cit.*, p. 141.

²⁹ MAXIMILIANO, Carlos. Direito das sucessões, *cit.*, p. 169; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, vol. 20, 2003, p. 221.

³⁰ VELOSO, Zeno. Direito hereditário do cônjuge e do companheiro, *cit.*, p. 126.

³¹ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Código Civil comentado*. São Paulo: Atlas, vol. XVIII, 2003, p. 214.

³² MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado, tomo LV, *cit.*, p. 236; LEITE, Glauber Salomão. Sucessão do cônjuge sobrevivente, *cit.*, p. 77.

efeitos sucessórios só serão preservados se ambos os cônjuges estiverem de boa-fé, ou se de boa-fé estiver o sobrevivente. Na hipótese de boa-fé apenas do *de cuius*, não se defere proteção àquele que agiu de má-fé.³³

A reconciliação prévia ao falecimento restabelece os efeitos sucessórios.³⁴ Se há divórcio, porém, é preciso que os divorciados se casem novamente; caso se reconciliem informalmente, poderá haver a herança por incidência das regras que disciplinam a união estável.³⁵

Na nova sistemática do divórcio direto, essa multiplicidade de hipóteses tende a perder importância paulatinamente.

Tornando-se cada vez mais raros os casos de separação fundados na lei antiga, o divórcio direto (judicial litigioso, judicial consensual ou extrajudicial) passará a ter primazia como meio formal de perda dos direitos sucessórios.

5. A SEPARAÇÃO DE FATO E SEUS EFEITOS

A exigência legal do desquite para a perda da condição de herdeiro pelo cônjuge fez com que a doutrina clássica se preocupasse em assentar que a mera separação de fato não o afastaria da sucessão.³⁶

Naquele contexto histórico, porém, a separação de fato não havia sido desenvolvida nos termos atuais, sendo um

³³ OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. Tratado de direito das sucessões, *cit.*, pp. 193-195.

³⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes de. Comentários ao Código Civil, *cit.*, p. 222.

³⁵ VELOSO, Zeno. Direito hereditário do cônjuge e do companheiro, *cit.*, pp. 123-124.

³⁶ “Se os cônjuges não se acham declarada e solemnemente separados, não póde tolerar que percam o direito de sucessão um do outro, só porque accidentalmente romperam a convivencia (cohabitación) sob o mesmo teto.” (BARROS, Hermenegildo de. Do direito das sucessões, *cit.*, p. 530). No mesmo sentido: MAXIMILIANO, Carlos. Direito das sucessões, *cit.*, p. 169; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado, tomo LV, *cit.*, p. 239

estado quase que de todo irrelevante para o direito.

Atualmente, como já observado, o art. 1.723³⁷ do Código Civil permite a constituição de união estável por pessoa casada mas separada de fato, e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem atribuído à separação fática o efeito de cessação do regime de bens.³⁸

Seria incoerente, para dizer o mínimo, que o sistema jurídico autorizasse o separado de fato a constituir uma nova família por união estável e ainda assim impusesse a incidência do regime de bens do casamento já falido. Permitida essa solução, os casos de enriquecimento sem causa seriam recorrentes.

Tem-se, portanto, um instituto de efeitos bem marcados no direito de família, cuja eficácia o direito das sucessões não

³⁷ Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. § 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente. § 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

³⁸ “DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. SUCESSÃO. COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS. INCLUSÃO DA ESPOSA DE HERDEIRO, NOS AUTOS DE INVENTÁRIO, NA DEFESA DE SUA MEAÇÃO. SUCESSÃO ABERTA QUANDO HAVIA SEPARAÇÃO DE FATO. IMPOSSIBILIDADE DE COMUNICAÇÃO DOS BENS ADQUIRIDOS APÓS A RUPTURA DA VIDA CONJUGAL. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Em regra, o recurso especial originário de decisão interlocutória proferida em inventário não pode ficar retido nos autos, uma vez que o procedimento se encerra sem que haja, propriamente, decisão final de mérito, o que impossibilitaria a reiteração futura das razões recursais. 2. Não faz jus à meação dos bens havidos pelo marido na qualidade de herdeiro do irmão, o cônjuge que encontrava-se separado de fato quando transmitida a herança. 3. Tal fato ocasionaria enriquecimento sem causa, porquanto o patrimônio foi adquirido individualmente, sem qualquer colaboração do cônjuge. 4. A preservação do condomínio patrimonial entre cônjuges após a separação de fato é incompatível com orientação do novo Código Civil, que reconhece a união estável estabelecida nesse período, regulada pelo regime da comunhão parcial de bens (CC 1.725) 5. Assim, em regime de comunhão universal, a comunicação de bens e dívidas deve cessar com a ruptura da vida comum, respeitado o direito de meação do patrimônio adquirido na constância da vida conjugal. 6. Recurso especial provido.” (STJ, 4ª Turma, RESP 555.771-SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, pub. DJ 18/05/09)

poderia ignorar. Ser casado e separado de fato significa estar sujeito a um conjunto de efeitos jurídicos ao qual os casados conviventes estão alheios.

Neste sentido, a regra básica que determina o direito a suceder na hipótese de separação de fato por menos de dois anos não sofre qualquer alteração com a Emenda 66/10. Embora a Emenda tenha extinguido a separação de direito, em nada alterou a separação fática, inclusive porque não operou a revogação do art. 1723 e nem inviabilizou o entendimento jurisprudencial que determina o corte na eficácia do regime de bens.

No direito vigente, portanto, o indivíduo casado e não separado de fato, ou casado e separado de fato há menos de dois anos, permanece com seus direitos sucessórios intocados.

Essa constatação não impede, contudo, a crítica à regra posta.

Na medida em que a separação de fato admite a união estável e cessa o regime de bens, deveria também extinguir o direito à sucessão.

Com essa mudança, o sistema readquiriria coerência, na medida em que os efeitos patrimoniais cessariam em conjunto com o término da comunhão de vidas.³⁹

6. A “CULPA MORTUÁRIA”

A regra que chama o cônjuge à sucessão quando a separação de fato é inferior aos dois anos, embora possa ser objeto de críticas como as aqui feitas, se reveste de uma razoável simplicidade. Diante da verificação de que o prazo bial não transcorreu, o problema estará resolvido.

Mais complexa é a discussão decorrente da segunda regra

³⁹ A crítica aqui formulada parece ser minoritária, dado que parte respeitável da doutrina considera positivo o prazo de dois anos. Entre outros, VELOSO, Zeno. Direito hereditário do cônjuge e do companheiro, p. 130; LEITE, Glauber Salomão. Sucessão do cônjuge sobrevivente, *cit.*, pp. 71-72.

encartada no dispositivo, segundo a qual o cônjuge herdará se, não obstante separado de fato por mais de dois anos, o foi sem culpa sua.

A regra é polêmica porque a culpa, como requisito para a separação judicial, foi afastada vigorosamente pela evolução da doutrina⁴⁰ e da jurisprudência⁴¹ brasileira, que nem mesmo o retrocesso do Código Civil de 2002 foi capaz de obstacular.

Guarda, uso do nome, alimentos, partilha – todos os efeitos da dissolução conjugal passaram a se produzir sem a necessidade de investigações subjetivas acerca da conduta dos cônjuges.

A crítica da doutrina à ressurreição da culpa em matéria sucessória, quando ela já não produzia mais efeitos na dissolução conjugal, veio imediatamente.⁴²

Ademais, se a perquirição de culpa na separação já era

⁴⁰ “Quando o Poder Judiciário, mobilizado pelo cônjuge que se apresenta como abandonado e ofendido pelo outro, investiga a ocorrência ou não causa alegada e da culpa do indigitado ofensor, ingressa na intimidade e na vida privada da sociedade conjugal e da entidade familiar. (...) O fim do afeto conjugal é, normalmente, o epílogo de desgastes progressivos, o que torna tarefa praticamente impossível a sindicância da causa, que apenas serve para atribuir a culpa exclusiva a um dos dois cônjuges, utilizando-se o Poder Judiciário como arena de potencialização do conflito. (...) o que é relevante não é afetado pela natureza litigiosa ou consensual da separação: a guarda dos filhos não pode mais ser utilizada como condenável trunfo, como ocorria no passado, pois, independentemente de quem seja o culpado, é atribuída ao pai ou à mãe que realize o princípio do melhor interesse da criança; a partilha dos bens independe da culpa de qualquer dos cônjuges, pois realizada segundo o regime de bens adotado; e os alimentos são assegurados até mesmo ao cônjuge que for julgado culpado da separação (...)” (LÓBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 140).

⁴¹ Por exemplo: “APELAÇÃO CÍVEL. DIVÓRCIO. PARTILHA DE BENS. CULPA. REGIME DE BENS. Descabe debater ou resolver sobre culpa para a decretação da separação. Prevalência da teoria da ruptura. Precedentes jurisprudenciais. Adotado pelo casal o regime da comunhão universal, comunicam-se todos os bens presentes e futuros. Ausente qualquer causa de exclusão dos bens da comunhão, partilha-se igualmente os bens entre o casal. NEGARAM PROVIMENTO.” (TJRS, 8ª Câmara Cível, AC Nº 70038199006, rel. Des. Rui Portanova, julg. 30/09/2010)

⁴² Consulte-se, por exemplo, NEVARES, Ana Luíza Maia. A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional, *cit.*, p. 158.

tomada como uma prova difícil e constrangedora, muito mais grave é analisá-la quanto à conduta de alguém já falecido, com relação a fatos pretéritos que podem ter ocorrido há décadas.

Trata-se do que o Prof. Rolf Madaleno denominou de investigação de “culpa mortuária”, impondo uma difícil discussão judicial que paralisará o inventário, envolverá a contestação de fatos por pessoas que não participaram diretamente da convivência do casal e revolverá a privacidade conjugal de forma danosa.⁴³

A difícilíssima apreciação de uma culpa que talvez nem os próprios ex-cônjuges sejam capazes de conhecer com clareza⁴⁴ envolve ainda uma questão crucial: a quem se impõe o *onus probandi*, ao cônjuge que se quer herdeiro ou aos demais que o pretendem afastar da sucessão?

O art. 1.830 não tratou da matéria. Diz apenas “salvo prova, neste caso, de que a convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.”

Tem-se entendido que a prova deverá ser feita pelo cônjuge, que precisará provar a culpa exclusiva do *de cuius* ou mesmo a culpa concorrente.⁴⁵ Assiste razão à doutrina, mas não se pode deixar de notar que a prova da inexistência de culpa pode se tornar diabólica, com todas as dificuldades inerentes à prova de fato negativo, agravadas ainda pelo decurso de tempo.

Enfim, em que pese a defesa enfática do art. 1.830 por

⁴³ MADALENO, Rolf. A concorrência sucessória e o trânsito processual: a culpa mortuária. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, a. VII, n. 29, abr./maio 2005, pp. 148-150; no mesmo sentido, LEITE, Glauber Salomão. Sucessão do cônjuge sobrevivente, *cit.*, p. 73.

⁴⁴ GIORGIS, José Carlos Teixeira. Os direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, a. VII, n. 29, abr./maio 2005, p. 102.

⁴⁵ Neste sentido, entre outros: HIRONAKA, Giselda. Comentários ao Código Civil, *cit.*, p. 221; VELOSO, Zeno. Direito hereditário do cônjuge e do companheiro, *cit.*, p. 136; LEITE, Glauber Salomão. Sucessão do cônjuge sobrevivente, *cit.*, p. 73; NEVARES, Ana Luiza Maia. A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional, *cit.*, p. 158.

parte minoritária da doutrina,⁴⁶ não se vê como seja possível compatibilizar a análise da culpa na sucessão com sua proscrição do direito de família. O sistema precisa conservar a sua unidade e faz todo o sentido que ela se dê no sentido de incorporar ao direito das sucessões os avanços do direito de família, sendo indefensável o movimento contrário.

Neste ponto é imprescindível chamar ao debate a nova sistemática do divórcio, que poderá ser a chave para a solução do problema.

Como já dito, no regime instaurado pela Emenda 66 não há que se falar em culpa como requisito do suporte fático do divórcio direto.

Para que se obtenha o divórcio são bastantes a existência e validade do casamento e o exercício unilateral ou bilateral do direito formativo extintivo. A Emenda 66 sepulta, definitivamente, qualquer cogitação de culpa na dissolução conjugal.

Neste sentido, parece que uma interpretação sistêmica deverá pôr fim à discussão sobre a culpa na sucessão, e a vigência do art. 1830 não é empecilho a esse entedimento.

Se a culpa, após perder inteiramente a função no direito de família, perde também todo e qualquer resquício de fundamento jurídico, é razoável supor que se possa adotar no direito das sucessões a mesma linha interpretativa que já se utiliza há anos no direito de família.

É fundamental retomar aqui o quanto restou assentado no princípio deste texto. O cônjuge é chamado a herdar por razões

⁴⁶ “Outro argumento contrário ao dispositivo é o de que a indagação da culpa exigiria um debate *post mortem* sobre intimidades conjugais que os esposos não ventilaram em vida. Entretanto, muitos outros pleitos obrigam a esquadrihar intimidades odiosas, como é o caso da exclusão do herdeiro indigno, da nulidade do casamento, do adultério *a matre*, sem que nunca se tenha dito que tais fatos não poderiam, por questões éticas, serem submetidos ao Poder Judiciário.” (RÉGIS, Mário Luiz Delgado. Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente. Será que precisamos mudar o Código Civil? *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, a. VII, n. 29, abr./maio 2005, p. 202)

assistenciais, fundadas no princípio da solidariedade familiar e justificadas pela relação de afetividade que é estabelecida entre os cônjuges. Se este laço já não existe mais, já foi rompido por uma separação de fato de mais de dois anos, não há sentido em manter os direitos sucessórios, que implicariam puro e simples enriquecimento sem causa.

A culpa como requisito para a manutenção do direito à herança deve, portanto, se considerar inteiramente afastada, cumprindo verificar apenas se a separação de fato já se protraí por lapso de tempo superior aos dois anos.

7. POSSIBILIDADE DE CONCORRÊNCIA ENTRE CÔNJUGE E COMPANHEIRO

Dentro desses dois anos de separação de fato em que o cônjuge permanece legitimado a suceder, no entanto, é possível que o *de cuius* tenha constituído nova família. O art. 1723, já mencionado, autoriza a recepção destas entidades familiares como união estável. O choque entre o 1.830 e 1.723 parece inevitável.

Logo, a pergunta se impõe: se a união estável é constituída no curso da separação de fato e o indivíduo falece antes do prazo de dois anos, concorrerão cônjuge e companheiro como herdeiros?

Observe-se que, a se admitir subsistente no direito brasileiro a apuração da culpa mortuária como requisito para o direito sucessório do cônjuge, os casos podem se tornar ainda mais complexos.

Imagine-se que o falecido, casado, separa-se de fato em decorrência das agressões físicas que cometia contra sua esposa. Suponha-se que esta tenha apresentado a *notitia criminis* e o marido tenha sido condenado no juízo criminal pelas lesões corporais. Imagine-se, por fim, que tenha o agressor constituído nova família, com a qual viva sem se

separar da esposa originária por trinta anos.

Em casos como este, cabe a concorrência sucessória?

Há várias posições a serem consideradas.

Para Inácio de Carvalho Neto, a melhor solução estaria em considerar inconstitucional o art. 1.723, afastando a incidência da regra da união estável, considerando o companheiro concubino e o cônjuge único herdeiro.⁴⁷

Gavião de Almeida sustenta que o afastamento do cônjuge da sucessão o penalizaria injustamente, uma vez que não deu causa à ruptura conjugal.⁴⁸

Já Mário Delgado entende que a concorrência é admissível, mas que o cônjuge só terá cota hereditária calculada sobre os bens adquiridos antes da vigência da união estável.⁴⁹

Parece mais adequado aos fundamentos do sistema, porém, o entendimento segundo o qual a constituição da união estável no curso da separação torna o companheiro herdeiro e afasta o cônjuge da sucessão.⁵⁰

As razões para acolher tal posicionamento são várias e merecem atenção detida.

De início, a mesma lógica que informa a perda de legitimação sucessória do cônjuge separado de fato há mais de dois anos, com ou sem culpa sua, se aplica à hipótese da concorrência de cônjuge e companheiro.

A criação de uma nova entidade familiar após a separação de fato significa que os laços de afetividade já estão

⁴⁷ CARVALHO NETO, Inácio de. *Direito sucessório do cônjuge e do companheiro*. São Paulo: Método, 2007, p. 145.

⁴⁸ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. Código Civil comentado, *cit.*, p. 217.

⁴⁹ RÉGIS, Mário Luiz Delgado. Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente, *cit.*, p. 219.

⁵⁰ Neste sentido, NEVARES, Ana Luiza Maia. A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional, *cit.*, pp. 159-160; PRADO, Wagner Junqueira. A sucessão legítima do cônjuge no Código Civil. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister, a. XI, n. 14, fev./mar 2010, p. 35.

desfeitos, inexistindo fundamento para a tutela sucessória do cônjuge.

Por outro lado, é correto dizer que o sistema jurídico brasileiro ainda é regido pelo princípio monogâmico,⁵¹ apesar de toda a discussão instalada acerca da tutela das famílias simultâneas,⁵² que sinaliza para a possibilidade de sua superação futura.

Permitir a concorrência sucessória de mais de um indivíduo sob o amparo de manter uma entidade familiar com o *de cuius* significaria a ruptura com o princípio da monogamia, algo que o sistema em vigor não parece comportar.

Se pudessem ser superadas essas questões, o cálculo das cotas de companheiro e cônjuge se tornaria verdadeira balbúrdia.

A doutrina majoritária tem conferido aos arts. 1.790 e 1.829 sentidos distintos. Enquanto o cônjuge tem cota extraída dos bens exclusivos, quando concorre com descendentes, e de todo o acervo, quando concorre com ascendentes, o companheiro recolhe seu quinhão dos bens comuns.⁵³

⁵¹ “O princípio da MONOGAMIA, embora funcione como um ponto-chave das conexões morais, não é uma regra moral, nem moralista. É um princípio jurídico organizador das relações conjugais. Se a monogamia não fosse um princípio jurídico, teríamos o aval do Estado para estabelecermos várias famílias paralelas ao casamento ou à união estável. Não se trata aqui de uma concepção moral, mas de um princípio para funcionar como um interdito proibitório para organizar e viabilizar determinados ordenamentos jurídicos. Poderíamos nomear a poligamia como princípio; mas, aí, teríamos que reorganizar e reordenar as regras do nosso sistema jurídico.” (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Uma principiologia para o direito de família. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). *Família e dignidade humana*: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thomson, pp. 848-849).

⁵² Vide, entre outros, RUZIK, Carlos Pianovsky. *Famílias simultâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005; SCHREIBER, Anderson. *Famílias Simultâneas e Redes Familiares*. In: Giselda Hironaka; Flavio Tartuce. (Orgs.). *Direito da família e das sucessões*: temas atuais. São Paulo: GEN, 2010.

⁵³ Consulte-se, por exemplo, HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Ordem de vocação hereditária. In HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das sucessões e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, pp. 95, 97 e 99.

Como compatibilizar de forma justa as duas sistemáticas?

Não se pode perder de vista, enfim, que a concorrência entre cônjuge e companheiro acaba prejudicando diretamente os descendentes, que terão suas cotas indevidamente reduzidas pelo equívoco hermenêutico de se julgar impossíveis de delimitar as fronteiras eficaciais entre o art. 1.829 e 1790.

Ressalvados os direitos decorrentes da incidência do regime de bens do casamento, que serão integralmente preservados, nesta hipótese de aparente concorrência entre cônjuge e companheiro, somente o segundo estará legitimado a herdar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Emenda 66 de 2010 é responsável por uma mudança verdadeiramente revolucionária no direito brasileiro.

Ao extinguir a separação judicial e sepultar, vez por todas, o modelo baseado na culpa, a reforma valoriza a autonomia privada no campo do direito de família em que ela se faz mais necessária.

Aos cônjuges é dado estabelecer livremente a união conjugal. Logo, não é coerente negar-lhes o direito de pôr fim à união voluntária e obter de imediato os efeitos jurídicos decorrentes da dissolução.

Se a separação judicial foi estrategicamente necessária à época da Lei do Divórcio, ao longo do tempo se tornou claro que ela representava apenas um entrave ao reconhecimento jurídico pleno de algo que, no mundo dos fatos, já se havia operado há muito tempo.

Além disso, a transformação do direito ao divórcio em um direito formativo extintivo desprovido de qualquer requisito a não ser a pré-existência do casamento e a vontade do cônjuge requerente extingue definitivamente o modelo das causas culposas no Brasil.

O ganho é manifesto, na medida em que se evita desperdício de atividade jurisdicional, se poupa os divorciandos do desgaste emocional de se submeter a dois processos e se resguarda a privacidade doméstica de desnecessário devassamento por parte de estranhos à relação familiar.

A principal consequência da Emenda em matéria sucessória parece estar, justamente, nesta proscrição da culpa conjugal. Se a culpa está definitivamente afastada de consideração em sede de divórcio, é preciso repensar se existe qualquer sentido em resgatá-la para efeito de preservação dos direitos sucessórios do cônjuge.

As reformas operadas no direito de família têm imediata repercussão no campo sucessório. A sucessão se estrutura a partir das categorias geradas no direito familiar e a tendência à uniformização é irreversível. Se casamento e união estável no sistema vigente são regulamentados prescindindo da consideração da culpa, a posição do cônjuge e do companheiro no direito sucessório deve acompanhar essa evolução.

A melhor interpretação parece ser, portanto, a de que o cônjuge deixa de ser herdeiro no momento em que estiver separado de fato há mais de dois anos,⁵⁴ sem que se possa invocar a falta de culpa sua para manter-lhe a legitimação sucessória.

A incompatibilidade do requisito culpa com o sistema autoriza essa conclusão hermenêutica, que independe de alteração expressa no Código Civil. Trata-se, aliás, da mesma interpretação que se fez, no direito de família, a respeito da culpa como pressuposto da separação, mesmo depois do advento do novo Código e sua tentativa de reavivar o critério em questão.

⁵⁴ Sem prejuízo da defesa da opinião, previamente sustentada neste texto, de que o art. 1.830 deveria ser alterado para excluir o prazo de dois anos, afastando-se o direito sucessório desde que houvesse a separação de fato.

Saliente-se que, ainda antes do decurso dos dois anos de separação de fato, se o *de cujus* constitui uma nova família por meio de união estável, deve-se concluir que o cônjuge sobrevivente cede seu lugar na sucessão ao companheiro. Privilegiam-se assim os laços familiares presentes, deferindo a herança àquele que efetivamente vivia com o falecido no momento de sua morte, em consonância com a função assistencial e solidária que justifica a sucessão do cônjuge no direito brasileiro.



REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. O divórcio após a Emenda Constitucional nº 66 de 2010: anotações para uma primeira abordagem. In ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; LÔBO, Paulo; ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de *et alii*. (orgs). *Temas atuais de direito de família*. Recife: Nossa Livraria, 2010.
- ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Código Civil comentado*. São Paulo: Atlas, vol. XVIII, 2003.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: sucessões*. 5 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- BARROS, Hermenegildo de. Do direito das sucessões. In LACERDA, Paulo de (org). *Manual do Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, vol. XVIII, 1918.
- BEVILAQUA, Clovis. *Direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978.
- CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de direito da família e das sucessões*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

- CARVALHO NETO, Inácio de. *Direito sucessório do cônjuge e do companheiro*. São Paulo: Método, 2007.
- CICU, Antonio. *Successione per causa di morte*. Milano: Giuffrè, vol. I, 1954.
- CÓRDOBA et alii. *Derecho sucesorio*. Buenos Aires: Editorial Universidad, tomo II, 1998.
- CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. O ensino do direito civil: breve ensaio sobre o direito das sucessões. In TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (orgs). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, vol. II, 2008.
- DEMOLOMBE, C. *Traité des successions*. Paris: Imprimerie Générale A. Lahure, vol. XIV, 1879.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo. *O novo divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GIORGIS, José Carlos Teixeira. Os direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, a. VII, n. 29, abr./maio 2005.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, vol. 20, 2003.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Ordem de vocação hereditária. In HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das sucessões e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- HUC, Théophile. *Commentaire théorique & pratique du Code Civil*. Paris: Librairie Cotillon, tomo V, 1893.
- KASER, Max. *Direito privado romano*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, trad. S. Rodrigues e F. Hammerle.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. XXI, 2009.
- LEITE, Glauber Salomão. *Sucessão do cônjuge sobrevivente*:

- concorrência com parentes do falecido. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- LÔBO, Paulo. Divórcio: a EC-66 e suas conseqüências. *Advocatus*. Recife: Escola Superior de Advocacia Prof. Ruy Antunes, a. 3, n. 5, nov. 2010.
- MADALENO, Rolf. A concorrência sucessória e o trânsito processual: a culpa mortuária. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, a. VII, n. 29, abr./maio 2005.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. 4 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, vol. I, 1958.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsói, tomo LV, 1968.
- NEVARES, Ana Luiza Maia. *A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Tratado de direito das sucessões*. 3 ed. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, vol. I, 1936.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Uma principiologia para o direito de família. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). *Família e dignidade humana: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. São Paulo: IOB Thomson, 2005.
- PRADO, Wagner Junqueira. A sucessão legítima do cônjuge no Código Civil. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister, a. XI, n. 14, fev./mar 2010.
- RÉGIS, Mário Luiz Delgado. Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente. Será que precisamos mudar o Código Civil? *Revista Brasileira de Direito de Família*.

Porto Alegre: Síntese, a. VII, n. 29, abr./maio 2005.

ROPPO, Vincenzo. *Istituzioni di diritto privato*. 5 ed. Bologna: Monduzzi, 2005.

RUZIK, Carlos Pianovsky. *Famílias simultâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SCHREIBER, Anderson. Famílias Simultâneas e Redes Familiares. In: Giselda Hironaka; Flavio Tartuce. (Orgs.). *Direito da família e das sucessões: temas atuais*. São Paulo: GEN, 2010.

VELOSO, Zeno. *Direito hereditário do cônjuge e do companheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010.