

Da atual (in)aplicabilidade do art. 1.830, do CC

Israel Damasceno

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo é fruto da indignação de um profissional do Direito que, em um caso em que não atuou, deparou-se com a situação de uma criança de nome M.C.R.R.N., do interior de Minas Gerais, que, além de ter perdido seu pai prematuramente, viu-se desguarnecida financeiramente em decorrência da aplicação de uma lei ultrapassada que não vem sendo aplicada à luz da Constituição.

Aliás, o texto em tela é elaborado em homenagem àquela pequena (mas mui valente) criança e aos seus incansáveis e amorosos familiares (mãe, tios, avós e primos), que lutam diuturnamente para lhe dar um futuro belo e seguro

Apesar da indignação com o caso concreto, tem-se que nos levou a escrita foi a inquietude jurídica, de modo que a análise que se seguirá será técnica e desprovida de emoções.

Nesse âmbito, pretende-se compreender a aplicabilidade, no atual ordenamento jurídico, dos prazos previstos no artigo 1.830, do Código Civil. Isto é, o escopo do presente artigo é compreender se o prazo de dois anos de separação de fato ainda é um requisito essencial à cessação da vocação hereditária do cônjuge sobrevivente. O referido dispositivo é inconstitucional? Ele foi tacitamente revogado? Qual a sua leitura atual?

Salienta-se que a relevância do estudo em esboço está no fato de que, não obstante o tema ter sido enfrentado por alguns tribunais estaduais, a questão ainda não foi enfrentada pelos tribunais superiores.

A propósito, cuida-se de uma situação de abrangência nacional, que vem sendo debatido em milhares de processos judiciais e que merece ser pacificado.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. Dispõe o art. 1.830, do Código Civil que *“somente é reconhecido o direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, **não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos**, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente”*.

Segundo o dispositivo acima transcrito, apenas a separação judicial superior a um ano, ou de fato maior que dois anos, são aptos a afastar a vocação hereditária do conjuge supérstite.

Ocorre que tais requisitos de tempo passaram a, pelo que nos parece, ser incompatíveis com a Carta Magna atual após a promulgação da Emenda Constitucional nº 66, de 2010.

Explica-se.

2.2. Originariamente, o art. 226, § 6º, da Constituição Federal estabelecia como requisito ao divórcio a prévia separação judicial por mais de um ano, ou de fato superior a dois anos[1].

O art. 1.580, do Código Civil de 2002 refletindo a norma constitucional (validante) foi editado dispondo que ***“decorrido um ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial, ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, qualquer das partes poderá requerer sua conversão em divórcio”***.

O parágrafo segundo do artigo 1.580, do CC dispõe que ***“o divórcio poderá ser requerido, por um ou por ambos os cônjuges, no caso de comprovada separação de fato por mais de dois anos”***.

Por sua vez, o art. 1.830 também refletia no que diz respeito aos prazos para a manutenção da condição de herdeiro do cônjuge sobrevivente separado de fato quando do falecimento, a regra constitucional temporal do art. 226, § 6º (regra validante).

Salienta-se que o então projeto de Código Civil previa que o prazo para a perda da qualidade de herdeiro era de cinco anos de separação de fato. Contudo, a emenda nº 473-R do Senador Josapha Marinho, reduziu para dois anos, **sob o fundamento de que era necessário observar a regra constitucional vigente à época** (www.senado.gov.br/publicacoes/MLCC/pdf/mlcc_v3_ed1.pdf):

“Consoante o artigo, ‘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 cinco anos’. Mas, se a Constituição estabelece que ‘o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos’ (art. 226, § 6º) – não há razão de fixar-se prazo de cinco anos para reconhecimento de direito sucessório”.

Assim, pode-se dizer, com tranquilidade, que ambos os artigos 1.580 e 1.830, do Código Civil quando de sua edição, estavam intrinsecamente vinculados aos prazos previstos na redação original do § 6, do art. 226, da CF (a norma constitucional era a regra validante da previsão civilista).

2.3. Porém, com a natural evolução social, fato que se refletiu na edição das leis, aqui da norma maior, o Legislador, sob a sugestão do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, no exercício do Poder Constituinte Derivado Reformador, entendeu por afastar tais requisitos temporais e subjetivo (culpa) para que se pudesse falar na decretação do divórcio.

Assim, foi promulgada em 13 de julho de 2010, a Emenda Constitucional nº 66 que alterou a redação do art. 266, parágrafo 6º para dizer, tão somente, que ***“o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”***.

Ou seja, desde a promulgação e correlata vigência da atual redação do § 6º, do art. 266, da CF/88 não há mais requisitos temporais e subjetivo a serem previamente observados para que ocorra a dissolução do vínculo civil existente entre os cônjuges.

A esse propósito, o Ex. Supremo Tribunal Federal fixou a tese, no julgamento do Tema de nº 1.053 de que ***“após a promulgação da EC 66/2010, a separação judicial não é mais requisito para o divórcio, nem subsiste como figura autônoma no ordenamento jurídico”***.

Tem-se aí, portanto, a primeira premissa a ser fixada: **não há mais se falar, desde a promulgação da Emenda Constitucional nº 66, de 2010, na necessidade de separação judicial ou de fato – independentemente do tempo –, para que as partes possam alcançar o divórcio.**

Ou seja, a separação, seja ela judicial ou de fato, e o correlato marco temporal, passaram a ser irrelevantes para o Direito de Família.

Por esse motivo, todos os artigos do Código Civil que exigiam a separação e o correlato transcurso do tempo, foram considerados tacitamente revogados pela novel redação constitucional (entendimento do Ex. STF sobre o tema) ou, pelo menos, inconstitucionais por superveniência da perda da norma validante.

2.4. Tamanha a força da nova norma constitucional, que tanto a doutrina quanto a jurisprudência majoritária encamparam a tese de que a separação judicial deixou de existir no ordenamento jurídico brasileiro.

Segundo Zeno Veloso, ***“numa interpretação histórica, sociológica, finalística, teleológica do texto constitucional, diante da nova redação do art. 226, § 6º, da Carta Magna, sou levado a concluir que a separação judicial ou por escritura pública foi figura abolida em nosso direito, restando o divórcio que, ao mesmo tempo, rompe a sociedade conjugal e extingue o vínculo matrimonial. Alguns artigos do Código Civil que regulavam a matéria foram revogados pela superveniência da norma constitucional – que é de estatura máxima – e perderam a vigência por terem entrado em rota de colisão com o dispositivo constitucional superveniente”***[2].

Destaca-se que tal entendimento é esposado por outros civilistas de grande relevo, tais como Rodrigo da Cunha Pereira[3] e Maria Berenice Dias[4].

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, afirmam que ***“em síntese, com a nova disciplina normativa do divórcio, encetada pela Emenda Constitucional, pedem força jurídica as regras legais sobre a separação judicial, instituto que passa a ser extinto no ordenamento jurídico, seja pela revogação tácita (entendimento consolidado no STF), seja pela inconstitucionalidade superveniente pela perda da norma validante (entendimento que abraçamos do ponto de vista teórico, embora os efeitos práticos sejam os mesmos)”*** [5].

A esse propósito, vale transcrever o que constou da exposição de motivos da Emenda Constitucional nº 66, de 2010 (<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/2010/emendaconstitucional-66-13-julho-2010-607267-exposicaodemotivos-149254-pl.html>):

“A presentes proposta de Emenda Constitucional nos foi sugerida pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família, entidade que congrega magistrados, advogados, promotores de justiça, psicólogos, psicanalistas, sociólogos e outros profissionais que atuam no âmbito das relações de família e na resolução de seus conflitos.

Não mais se justifica a sobrevivência da separação judicial, em que se converteu o antigo desquite. Criou-se, desde 1977, com o advento da legislação do divórcio, uma duplicidade artificial entre dissolução da sociedade conjugal e dissolução do casamento, como solução de compromisso entre divorcistas e antivorcistas, o que não mais se sustenta”.

A jurisprudência pátria não destoia:

Civil. Divórcio litigioso. Extinção sem julgamento do mérito. Artigo 267. Inciso VI, do Código de Processo Civil. Ausência de trânsito em julgado da separação judicial. EC 66/2010. **Supressão do instituto da separação judicial. Aplicação imediata aos processos em curso. A aprovação da PEC 28 de 2009, que alterou a redação do artigo 226 da Constituição Federal, resultou em grande transformação no âmbito do direito de família ao extirpar do mundo jurídico a figura da separação judicial.** A nova ordem constitucional introduzida pela EC 66/2010, **além de suprimir o instituto da separação judicial**, também eliminou a necessidade de se aguardar o decurso de prazo como requisito para a propositura de ação de divórcio. Tratando-se de norma constitucional de eficácia plena, as alterações introduzidas pela EC 66/2010 têm aplicação imediata, refletindo sobre os efeitos de separação em curso. (TJDF, Recurso nº 2010.01.1.064251-3, acórdão 452.761, 6ª Turma Cível, Rel. Des. Ana Maria Duarte Amarante Brito, DJDFTE 08/10/2010, p. 221).

Segundo o que constou do julgamento do Agravo de Instrumento nº 990.10.357301-3, do TJSP ***“com a promulgação da Emenda Constitucional n. 66/2010, e a nova redação do § 6º do art. 226 da CF/1988, o instituto da separação judicial não foi recepcionado, mesmo porque não há direito adquirido a instituto jurídico”.***

O c. Superior Tribunal de Justiça também já firmou seu entendimento no que diz respeito à abolição da figura da separação judicial:

Assim, para a existência jurídica da união estável, extrai-se o requisito da exclusividade de relacionamento sólido da exegese do § 1º, do art. 1.723 do Código Civil de 2002, fine, dispositivo esse que deve ser lido em conformidade com a recente EC nº 66 de 2010, a qual, em boa hora, aboliu a figura da separação judicial. (STJ – REsp 912.926/RS, 4ª Turma, Rel. Ministro Luís Felipe Salomão, 22/02/2011).

Ainda a esse propósito, vale relembrar que o Ex. Supremo Tribunal Federal fixou a tese, no julgamento do Tema de nº 1.053, de que ***“após a promulgação da Emenda Constitucional 66/2010, a separação judicial não é mais requisito para o divórcio, NEM SUBSISTE COMO FIGURA AUTÔNOMA NO ORDENAMENTO JURÍDICO”.***

Daí se tem o primeiro embate jurídico entre a norma constitucional e a infraconstitucional: Se a Emenda Constitucional nº 66/2010 (norma validante) aboliu o instituto da separação judicial e o requisito temporal, não há como o art. 1.830, do CC (norma validada) – que, comprovadamente, foi editado de acordo com a redação original do art. 226, § 6º, da CF/88

–, exigir, para o afastamento da vocação hereditária do cônjuge sobrevivente, a separação judicial superior a um ano.

Cuida-se de questão de mera lógica: hoje quem dita a questão não é mais o art. 1.830, do CC, mas sim o art. 226, § 6º, da CF/88.

Frisa-se que, para a doutrina especializada, ora representada por Flávio Tartuce, a única aplicação posterior a 2010 para a primeira parte do art. 1.830, do CC se dá na hipótese de pessoas já separadas judicialmente quando da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 66/2010:

“De acordo com a primeira parte do dispositivo, se o cônjuge sobrevivente estava separado judicialmente ao tempo da morte do outro, não terá direito sucessório reconhecido. Deve-se atentar ao fato de que este autor segue a corrente que sustenta que a Emenda Constitucional 66/2010 retirou do sistema a separação de direito – a incluir a separação judicial ou extrajudicial –, restando apenas o divórcio como forma de extinção do casamento. Por esse caminho, a primeira parte do comando somente se aplica às pessoas separadas judicialmente quando da entrada em vigor da Emenda Constitucional, perdendo em parte considerável a sua aplicação prática. Essa forma de pensar é mantida, repisa-se, mesmo tendo o Novo Código de Processo Civil tratado da separação de direito, especialmente a separação judicial” [6].

Não obstante a inconstitucionalidade superveniente (ou revogação tácita) da norma em comento ser consideravelmente mais ampla, tem-se que o referido trecho (“separação judicial superior a um ano”) já é indiscutivelmente incompatível com a regra constitucional.

2.5. Como já dito, a regra de referência (redação originária do art. 226, § 6º, da CF/88) não mais existe, pelo que as normas que nela buscavam validade sofrem de severa inconstitucionalidade superveniente (ou, pelo menos, houve a revogação tácita dessas mesmas regras legais). Ou seja, a separação de fato, para o afastamento do direito sucessório, não depende de qualquer prazo.

Além disso, ocorrida a separação de fato, cessa a solidariedade recíproca que justificaria a transmissão sucessória (não há mais o elemento subjetivo: *affectio maritalis*), não havendo se falar – sobretudo com a abolição do ranço do prazo da separação para fins de alcançar o divórcio, advindo das Ordenações Filipinas –, em direito hereditário do cônjuge sobrevivente.

A esse propósito, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2015, p. 243), lecionam acerca do art. 1.830, do CC, que:

“o aludido prazo, efetivamente, é inócuo e especioso. A referência à culpa é completamente fora de tempo e de propósito. A uma, porque o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo, em jurisprudência firme, que a simples separação de fato, independentemente de prazo, cessa a produção de todo e qualquer efeito do casamento, por conta da ruptura de sua base afetiva. [...] A duas, porque uma interpretação sistêmica do Código Civil conduz, por mãos seguras, à impossibilidade de exigência de qualquer lapso temporal. Com efeito, o disposto no §1º do art. 1.723 da Codificação estabelece a possibilidade de caracterização de união estável pela simples separação de fato de um dos companheiros, independentemente de qualquer

prazo. E, não se esqueça, a relação convivencial gera efeitos sucessórios (CC, art. 1.790). A três, porque a culpa se mostra, contemporaneamente, irrelevante para a dissolução do casamento e, por consequência natural, para a aquisição hereditária. [...] Assim sendo, pode a separação de fato, independentemente de prazo, fazer cessar efeitos matrimoniais de cunho pessoal ou patrimonial, inclusive sucessórios – até mesmo por conta da possibilidade de estarem os separados de fato em uniões estáveis devidamente caracterizadas”.

Não se pode deixar de lado que, assim como ocorrerá no caso da cessação do regime de bens (a separação de fato põe fim ao regime de bens), beneficiar o cônjuge sobrevivente já separado de fato com a herança, redundaria em enriquecimento sem causa (ofensa aos artigos 884 e 885, do CC), por conta da ausência de colaboração recíproca a justificar o recebimento patrimonial.

Além da ausência de fundamentos constitucionais impostas pela segunda parte do art. 1.830, do CC também é possível sustentar a inconstitucionalidade/inaplicabilidade do aludido dispositivo de lei em razão da revogação tácita decorrente da superveniência da Emenda nº 66, de 2010.

Ora, conforme já dito, o prazo de dois anos para a manutenção dos direitos sucessórios, possuía como razão subjacente manter a coerência com o interregno porque permaneciam os cônjuges separados faticamente impossibilitados, por imperativo constitucional (redação original do art. 226, § 6º, da CF/88) e legal (art. 1.580, §§ 1º e 2º, do CC), de obter o divórcio.

Porém, ao passo que referido pressuposto temporal foi abolido do ordenamento por meio de alteração constitucional (perda da norma validante), e extinto o instituto da separação judicial (e, como se verá adiante, da relevância da culpa para a dissolução da sociedade conjugal), esvaziou-se a razão de ser da proteção reservada ao cônjuge separado de fato, que pode a qualquer momento se divorciar, não mais possuindo, desse modo, a legislação civilista correspondência com a Constituição Federal, baliza normativa e interpretativa máxima.

Importante revolver, para que se tenha a amplitude expositiva que o tema merece, que o prazo de dois anos previsto no art. 1.830, do CC (sobrevida da vocação hereditária do cônjuge sobrevivente – projeção dos efeitos patrimoniais para além da separação de fato), possuía direta relação de validade com a antiga redação do art. 226, § 6º, da CF/88.

Aliás, e conforme já dito anteriormente, a explicação está no próprio trâmite legislativo do Código Civil de 2002. Rememora-se que o então projeto de Código Civil, em sua redação original, previa que o prazo para a perda da qualidade de herdeiro era de cinco anos de separação de fato. A emenda nº 473-R, do Senador Josapha Marinho, reduziu para dois anos, sob o fundamento de que era necessário observar a regra constitucional vigente à época (www.senado.gov.br/publicacoes/MLCC/pdf/mlcc_v3_ed1.pdf).

Ora, se o prazo previsto no art. 1.830, do CC possui direta correlação e obediência ao que era disposto na redação original do art. 226, § 6º, da CF/88 (relação de validade), tem-se que, com a mudança na redação da norma constitucional, pode-se concluir que a norma infraconstitucional não pode mais ser aplicada para casos tais.

Vale relembrar que, ao modificar a norma constitucional (art. 226, § 6º) o Legislador optou por não adaptar, formalmente, a regra infraconstitucional (art. 1.580, do CC e correlatos). Porém, não há dúvidas – até porque já foi inclusive objeto do Tema nº 1.053, do STF –, que não mais se exige a separação de fato para que se proceda ao divórcio. Houve, segundo o Pretório Excelso, uma revogação tácita da norma federal.

Mesmíssimo raciocínio se tem no que tange ao artigo 1.830, do CC: em que pese não ter sido formalmente extirpado do ordenamento, sofre de severa incompatibilidade com a Constituição (revogação tácita).

Dizendo de outra forma, seguindo-se tal lógica proveniente de uma interpretação constitucional do dispositivo *sub judice*, compreende-se por revogada (ou supervenientemente inconstitucional) a parte do art. 1.830, do Código Civil que exige o interregno para fazer finda os efeitos sucessórios pós separação de fato. Assim, tem-se que a simples separação de fato (independentemente de prazo) é suficiente para excluir, de imediato, o cônjuge supérstite do direito à herança.

É isso o que determina o texto Constitucional.

Tem-se, portanto, que a leitura mais adequada a ser feita acerca do tema, segundo o que consta do texto constitucional, é: **Somente é reconhecido direito sucessório a cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados de fato.**

Referido ponto de vista, segundo Bárbara Valério Machado[7], é confirmado quando cotejado com a decisão proferida pelo Ex. Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 878.694 (equiparação sucessória dos direitos do cônjuge em relação aos companheiros, reafirmada no RE 646.721):

“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 787.694/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 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 cujus, 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 (...) 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.”**

Frisa-se que há muito a doutrina, aqui representada por Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim, ao comentarem o art. 1.830, do CC, já defendia que **“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”[8].**

Veja-se que a jurisprudência pátria vem se adequando ao referido entendimento:

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).

Do corpo do aresto acima indicado, 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 (...). 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 (ENGISH, 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 interrelacionados, 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).”

Nessa mesma esteira Paulo Lôbo afirma que, **“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).[9]”**

Discorre com absoluta autoridade Maria Berenice Dias, segundo a qual ***“para o cônjuge preservar a qualidade de herdeiro, é preciso que a sociedade conjugal tenha persistido 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”***[10].

Trilhando o mesmo pensamento, assim se pronunciam Cristiano Chaves e Nelson Rosendal:

“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 certas 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 verbum, 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”[11].

Em igual sentido temos Flávio Tartuce, segundo o qual ***“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”[12].***

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

Transcreve-se 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”[13].

Continua o 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”[14].

É de se destacar, igualmente, as seguintes palavras: **“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” [15].**

Desse modo, por qualquer ângulo que se veja a questão, certo é que o prazo disposto no art. 1.830, do CC não mais é aplicável. Deve-se aplicar o disposto no art. 226, § 6º, da CF que, ao exterminar os prazos pretéritos ao divórcio, deu imediatos efeitos patrimoniais à separação de fato.

Aliás, é de se chamar a aplicação das lições de Canotilho, que faz valer a interpretação das leis com base no Princípio da força normativa da Constituição[16] e no Princípio da interpretação das leis em conformidade com a Constituição[17]

Assim, se o movimento histórico caminhou pela extirpação do prazo da separação de fato para fazer cessar o matrimônio e, como se verá adiante, o vínculo patrimonial dos cônjuges, tendo assim se manifestado a Constituição, não há espaço para a norma

infraconstitucional se prender a regras ultrapassadas que não mais se coadunam com a Carta Magna.

Desse modo, pode-se concluir que a manutenção dos prazos do art. 1.830, do CC viola o princípio da força normativa da constituição – pois colide com a otimização da EC 66/2010 e com a ideia de atualização do Texto Maior –, e o princípio da interpretação das leis em conformidade com a Constituição – eis que, em conformidade com a CF/88 não há mais sentido prático a manutenção do prazo de dois anos da separação de fato para o afastamento do direito sucessório (relembra-se que tal prazo não é mais necessário para o divórcio, e o prazo de um ano foi extirpado, junto com o instituto da separação judicial).

2.5. A reforçar a tese ora desenvolvida, tem-se que é assente na doutrina e jurisprudência pátria, o fato de que em uma interpretação constitucionalizada do Código Civil, a separação de fato põe fim ao regime de bens:

“(...) não obstante o rompimento da sociedade conjugal se dê mediante a separação e o divórcio, é a separação de fato que põe fim ao regime de bens. Este é o marco que finaliza, definitivamente, o estado patrimonial, não tendo nenhuma relevância que seja um período de tempo prolongado” (DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 4ª Ed. RT: São Paulo, 2007, p. 272).

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. DIVÓRCIO. REGIME DA COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS. IMÓVEL DOADO COM CLÁUSULA TEMPORÁRIA DE INALIENABILIDADE. BEM INCOMUNICÁVEL. SEPARAÇÃO DE FATO. TERMO DO REGIME DE BENS. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E DESPROVIDO. (...). 4. **Deve-se aplicar analogicamente a regra do art. 1.576 do CC à separação de fato, a fim de fazer cessar o regime de bens, o dever de fidelidade recíproca e o dever de coabitação. Em virtude disso, o raciocínio a ser empregado nas hipóteses em que encerrada a convivência more uxorio, mas ainda não decretado o divórcio, é o de que os bens adquiridos durante a separação de fato não são partilháveis com a decretação do divórcio. (...).** (REsp n. 1.760.281/TO, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 24/5/2022, DJe de 31/5/2022).

“Nada obstante, a partir da separação de fato ou de corpos (marco final do regime de bens), os bens e direitos do ex-consorte ficam em estado de mancomunhão – conforme salienta doutrina especializada –, formando uma massa juridicamente indivisível, indistintamente pertencente a ambos”. (REsp 1.274.639/SP, rel. ministro Luís Felipe Salomão, 4ª Turma, julgado em 12/9/2017, DJe 23/10/2017).

“Na partilha, comunicam-se não apenas o patrimônio líquido, mas também as dívidas e os encargos existentes até o momento da separação de fato”. (REsp 1.477.937/MG, rel. ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, julgado em 27/4/2017, DJe 20/6/2017).

Vale o destaque de que tal entendimento veio em homenagem aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da autonomia privada. Ora, é de se permitir que o casal rompa sua vida em comum sem depender somente de ato formal ou judicial para que cessem os efeitos patrimoniais do vínculo conjugal. A separação de fato reflete a autonomia fática das partes.

Tal é necessário pois, como é sabido, e isso precisa ser levado em consideração, se esse não fosse o entendimento aplicável, as pessoas separadas de fato ficariam obstadas de

praticar atos onerosos da vida civil na constância dos processos que, sabidamente, podem atravessar anos de tramitação.

Dessa atual interpretação jurídica, tem-se que, se a separação de fato põe fim ao regime de bens, não há qualquer razoabilidade, até mesmo a gerar uma afronta aos princípios da autonomia da vontade, da autodeterminação e da dignidade da pessoa humana, continuar a exigir a separação de fato superior a dois anos para o afastamento da vocação hereditária do cônjuge sobrevivente que já era separado à época do falecimento.

Se a separação de fato põe fim ao regime de bens, notadamente põe fim também à qualidade de herdeiro, que é situação de natureza patrimonial.

Cuidam-se de situações semelhantes (patrimônio) que receberam interpretações distintas.

Não há como, na tradição jurídico-constitucional de hoje, perpetuar efeitos patrimoniais do casamento (como é o caso da vocação hereditária), para além da separação de fato.

Além disso, não há como privilegiar uma pessoa que não possuía mais qualquer relação com o falecido (completa inexistência do *animus familiae*) em detrimento de um filho ou ascendente. Cria-se, assim, uma situação de indiscutível e inarredável injustiça.

3. CONCLUSÃO

Pelo que foi exposto, concluímos que não há como, no atual ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo ante as inovações advindas da EC nº 66, de 2010 manter a aplicação literal dos prazos previstos no art. 1.830, do CC para fins de cessação dos direitos hereditários do cônjuge sobrevivente já separado de fato quando do óbito.

Ora, tais prazos já foram superados para o fim do vínculo conjugal e para colocar termo no regime de bens.

E, considerando que tais prazos buscavam validade na anterior redação do art. 226, parágrafo 6º, da CF com a mudança legislativa não há mais validação para a norma infraconstitucional.

A bem da verdade, considerando-se a inconstitucionalidade superveniente da norma, a sua revogação tácita ou a sua releitura à luz da Constituição, certo é que não há mais como exigir, para o afastamento da vocação hereditária, o transcurso do prazo de dois anos da separação de fato.

Conclusão em sentido oposto seria ofertar para situações similares (fim do regime de comunhão e fim da vocação hereditária – ambos de natureza patrimonial vinculados ao casamento) soluções diversas.

Desse modo, concluímos que a atual leitura do art. 1.830, do CC, deve se dar da seguinte forma: **Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados de judicialmente ou de fato, independentemente do prazo.**

[1] Art. 226, § 6º. *O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após **prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.***

[2] VELOSO, Zeno. O novo divórcio e o que restou do passado. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br>.

[3] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Divórcio. Teoria e Prática. Rio de Janeiro: GZ, 2010. P. 26/31.

[4] DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 6ª ed. RT: São Paulo, 2010, p. 300-301.

[5] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. Direito de família. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 6, p. 547.

[6] TARTUCE, Flávio. 2015, p. 1.532.

[7] MACHADO, Bárbara Valério. União estável e casamento no âmbito familiar e sucessório? O julgamento dos Recursos Extraordinários ns. 878.694 e 646.721 pelo Supremo Tribunal Federal e suas possíveis repercussões na matéria. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/177373>, pesquisa em 07.11.2017.

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

[9] LÔBO, Paulo. Direito civil. Sucessões. São Paulo: Saraiva, 2013.

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

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

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

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

[14] Op. Cit.

[15] Op. Cit.

[16] “- *Princípio da força normativa da Constituição: na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da Constituição (normativa), contribuem para uma eficácia optima da lei fundamental. Consequentemente deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a actualização normativa, garantindo, o mesmo pé, a sua eficácia e permanência*”. CANOTILHO, J. J.. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7 ed. Coimbra: Almedina, p. 1.226.

[17] “- *Princípio da interpretação das leis em conformidade com a Constituição: no caso de normas polissémicas ou plurissignificativas deve dar-se preferência à interpretação que*

lhe dê um sentido em conformidade com a Constituição”. CANOTILHO, J. J.. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7 ed. Coimbra: Almedina, p. 1.226.