

# CULPA E CASTIGO NO DIREITO DE SUCESSÃO CONJUGAL

## Uma análise do art. 1.830 do novo Código Civil

**Marcos Alves da Silva**

Professor de Direito Civil e Coordenador Adjunto do Curso de Direito do UnicenP (Centro Universitário Positivo), professor de Direito Civil do Curso de Direito da Unibrasil (Faculdades do Brasil), Advogado em Curitiba - PR, mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná, membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM.

### Introdução

Na contramão da melhor doutrina, a noção de culpa comparece, ainda, paradigmaticamente, em diversos enunciados normativos de Direito de Família do novo Código Civil. A apuração da culpa, no sistema do novo Código, tem lugar na definição do dever de prestar alimentos, na separação judicial, na perda do nome, e, por incrível que possa parecer, o codificador conseguiu incluir a culpa, também, como critério para o reconhecimento ou não do direito sucessório do cônjuge sobrevivente. Deste último caso trata o presente estudo.

Uma das mais decantadas novidades do novo Código Civil tem sido a elevação do cônjuge ao status de herdeiro necessário e privilegiado, pois, em determinadas hipóteses, concorre com os descendentes ou ascendentes do cônjuge falecido.

Em que pese a atenção dos estudiosos do novo Código estar posta no complicado inciso I do art. 1.829, que tem dado margem a interpretações diversas, não menos complexo é o seguinte. Se no inciso I do art. 1.829 a questão gramatical está posta no centro das discussões hermenêuticas, o enunciado do art. 1.830, no que se refere ao vernáculo, é irreparável. Todavia, carrega no remanso de sua linguagem uma tormenta sem precedentes para o Direito das Sucessões, que há anos jazia sob certezas cristalinas e quase aritméticas, alheio às polêmicas e mudanças que se operavam, de um modo geral, no Direito Civil.

O mencionado artigo 1.830 do novo Código Civil, objeto da presente reflexão, cuida de especificar as condições ou requisitos para que ao cônjuge supérstite seja reconhecido o direito sucessório. Para suceder, o cônjuge não pode, à época da abertura da sucessão: (i) estar separado judicialmente; (ii) estar separado de fato há mais de dois anos. Todavia, o codificador consignou uma exceção ao final do artigo em comentário: "...salvo prova, neste caso, [estar separado de fato há mais de dois anos], de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente."

Não é necessária muita imaginação para antever o desencadeamento de controvérsias que tal disposição legal irá gerar. A realidade das famílias brasileiras é pródiga em casos de separações de fato, seguidas de novas uniões informais, que se tornam estáveis. Nessas circunstâncias, as conseqüências jurídicas que advirão da aplicação do disposto no art. 1.830 do novo Código Civil são, no mínimo, preocupantes.

Um estudo de caso

Caso não incomum: João separa-se, de fato, de Maria com quem é casado pelo regime de separação de bens - não o legal - porque se afeiçoou de Joana, com quem passa a conviver em união estável. Assim vive durante longos dez anos, constituindo, durante esse tempo, pelo esforço comum com sua companheira, fabuloso patrimônio. Falece, então, sem ter deixado descendentes nem ascendentes.

Maria, de quem o falecido havia separado de fato, pretende o recebimento da totalidade da herança deixada por João, com fundamento no inciso III, do art. 1.829, do Código Civil, sob a alegação de que embora separada de fato de João, por mais de dez anos, o rompimento não se deu por sua culpa, foi ele quem a abandonara. Ela sempre fora fiel esposa e cumpridora dos deveres conjugais. Logo, pela norma contida no art. 1.830 do mesmo Codex, está legitimada a suceder ao marido que a abandonou.

Por seu turno, Joana, a companheira viúva, entende como líquido e certo seu direito sucessório, pois, nos termos do art. 1.723 do Código Civil, sua relação com João caracteriza-se, sem sombra de dúvidas, como união estável, e, conforme dispõe o art. 1.725, tem direito à meação em

relação a todo patrimônio que foi adquirido por João durante o período que juntos viveram, e mais, tem direito a suceder-lhe, pois somente concorre com os tios do falecido, tudo conforme dispõe o art. 1.790 do novo Código Civil.

Do simples caso cogitado, na hipótese ora aventada, evidencia-se que o legislador, no afã de remendar o Projeto original do Código Civil, para adaptá-lo, em alguma medida, à nova realidade das famílias brasileiras, não atentou para a circunstância acima exemplificada, isto é, a possibilidade de concorrência na sucessão entre cônjuge e companheiro do mesmo falecido. Não há regras, no momento, que solucionem esta verdadeira antinomia.

Antevê-se, pois, que questões de natureza processual desdobrar-se-ão aos borbotões dessas contraditórias disposições legais. Ao regulamentar o procedimento especial, pelo qual se processa o inventário, o Código de Processo Civil dispõe que, "verificando [o juiz] que a disputa sobre a qualidade de herdeiro (...) constitui matéria de alta indagação, remeterá a parte para os meios ordinários e sobrestará, até o julgamento da ação, na entrega do quinhão que na partilha couber ao herdeiro admitido". Os feitos de inventário permanecerão sobrestados até que, em sede de ações ordinárias, as controvérsias quanto à qualidade de herdeiro do cônjuge separado sejam resolvidas pelos tribunais, criando-se, portanto, uma crise tanto pelo visível prejuízo social como pelo desgaste do Poder Judiciário.

Note-se que a controvérsia pode ser estabelecida, também, entre o cônjuge sobrevivente e os descendentes e ascendentes do falecido de quem estava separado de fato, à época de sua morte. Para a solução do impasse que se formou, parece indispensável tomar em conta a história recente da evolução do direito do cônjuge supérstite à sucessão de seu consorte falecido.

## **O direito anterior ao Código de 2002**

O direito sucessório do cônjuge viúvo, em relação à legítima, passou por significativas fases de evolução. À época das Ordenações o cônjuge ocupava o desprivilegiado quarto lugar, na ordem de vocação hereditária, somente era chamado após os parentes colaterais. Ainda mais se percebe o desprestígio do cônjuge, em termos sucessórios, quando se tem em conta que os colaterais incluíam até os parentes de décimo grau do cônjuge pré-morto. E mais, para que lhe fosse reconhecido o direito de suceder ao cônjuge, fazia-se necessário que estivesse vivendo com o falecido ao tempo de sua morte. A simples separação de fato obstava-lhe o direito.

O Decreto 1.839 de 1907 - denominado Lei Feliciano Penna - segundo notícia Sílvio Rodrigues, elevou o cônjuge ao terceiro lugar, na ordem de sucessão. Sucedia se não houvesse nem descendentes nem ascendentes do cônjuge pré-morto. O Código Civil de 1916 adotou o critério do mencionado Decreto. Reconhecia-se o direito de suceder do cônjuge supérstite se, ao tempo da abertura da sucessão, não estivesse dissolvida a sociedade conjugal. Dissolve-se a sociedade conjugal pela separação judicial ou pelo divórcio direto.

A doutrina admitia exceção em favor do cônjuge de boa-fé, no caso de casamento putativo nulo. Também, tinha-se por certo que a simples separação de corpos, regularmente deferida pelo juízo, ao tempo da morte de um dos cônjuges, não obstava o direito de suceder do sobrevivente. Necessário era que houvesse separação judicial.

A tendência dos tribunais, na fixação do direito sucessório do cônjuge supérstite, era de pautar a decisão nos estritos termos da lei. Em decorrência, a separação de fato não tinha o condão de afastar o direito do cônjuge sobrevivente. Neste sentido, em sede de recurso especial, entendeu o Superior Tribunal de Justiça que a simples separação de fato do casal, à época do falecimento da mulher, não constituía causa suficiente para se negar ao cônjuge supérstite o direito ao usufruto viúvo de um quarto dos bens da falecida, nos termos do art. 1.611, § 1º, do Código Civil. E note-se que, nesse caso, tratava-se de casamento pelo regime de separação total de bens, acrescido da peculiaríssima circunstância de o casamento ter durado apenas três meses, e de estar o cônjuge sobrevivente separado de fato da falecida esposa há mais de quatro anos, sendo que os únicos bens existentes pertenciam exclusivamente àquela. Logo, presumidamente, o marido viveu às suas próprias custas depois que abandonou o lar, amparado em alvará de separação de corpos. Muito embora não tivesse direito sucessório, pois havia herdeiros necessários, o STJ lhe reconheceu o direito ao usufruto viúvo, em face de não haver dissolução da sociedade conjugal.

Gradativamente, pretendeu-se privilegiar o cônjuge, como, por exemplo, quando a Lei 883, de 1949, lhe assegurou direito de concorrer com o, então, denominado filho adúlterino reconhecido

de seu consorte.

Por seu turno, o Estatuto da Mulher Casada procurou assegurar melhores condições ao cônjuge, no caso do falecimento de seu par, estabelecendo o direito de usufruto legal e o direito real de habitação.

Mister se faz observar que, no mesmo sentido, a Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal, muito embora não tratasse de direito hereditário, mas, sim, de meação, teve por objetivo resguardar direitos do cônjuge, também, em face da morte do consorte. Vários civilistas, há muito, advogavam a inclusão do cônjuge entre os herdeiros necessários, porque algumas situações fáticas poderiam revelar-se extremamente injustas para com aquele que, em esforço comum com o falecido, construiu patrimônio significativo. Orlando GOMES, com acerto ponderava: "O cônjuge não é herdeiro necessário. Se o marido não tiver descendente ou ascendentes, ou se não os tiver a mulher, poderá testar livremente, não sendo obrigado a contemplar o outro cônjuge, ainda sendo casado com separação de bens. Essa liberdade de testar é injusta. Ao menos quando o regime matrimonial fosse o da separação absoluta deveria ser reservada uma parte da herança, da qual não pudesse o cônjuge dispor". (Grifamos). O próprio Clóvis Beviláqua havia em seu Projeto original elevado o cônjuge à condição de herdeiro necessário, contudo, neste passo, o projetado texto foi alterado durante a tramitação legislativa.

Pode-se afirmar, portanto, que o legislador, ao emendar o Projeto do Código Civil, procurou colher indicativos e diretrizes construídos pela doutrina e pela jurisprudência nos últimos tempos. Porém, como se demonstrará, a seguir, o fez de modo atropelado e sem ponderar, com a devida atenção, as conseqüências do que estava estatuindo. Verdadeira, portanto, a afirmação de Zeno VELOSO, ao comentar o art. 1.830 do novo Código Civil: "Em princípio é uma norma elogiável, justa, que ostenta, todavia, os seus problemas, dúvidas, incertezas." Forçosa é, assim, a conclusão de que o texto legal, em apreço, reclama urgente revisão.

### **De lege ferenda**

Ao tomar a separação de fato como critério para fazer cessar o direito de sucessão do cônjuge, andou bem o legislador. Note-se que tal opção constituiu, sob certo ângulo, uma volta ao sistema das Ordenações, vigente antes do Código de 1916. A separação de fato, àquela época, implicava, como já antes referido, a supressão do direito sucessório do cônjuge supérstite.

Este aparente retrocesso da regra contida no art. 1.830 do novo Código Civil consiste, em verdade, na maior virtude do texto, pois, a nova percepção da família, enquanto realidade sociológica, provocou, em termos jurídicos, a construção de um sistema que tutelasse as entidades familiares, independentemente, de sua origem fincar-se ou não no matrimônio. Tutela-se antes a comunhão de vida que a formalidade de uma instituição, porque se tem em vista o desenvolvimento e a realização dos membros do grupo familiar. Fala-se de conseqüência na funcionalização da família.

Silvana Maria CARBONERA bem ressaltou o afeto como valor jurídico central da relação familiar, demonstrando que "a vontade de estar e permanecer junto a outra pessoa revelou-se um elemento de grande importância tanto na constituição de uma família, assim como em sua dissolução (...) e que "o vínculo jurídico, representado pelo casamento, passou a ser insuficiente para manter duas pessoas juntas. Isto se refletiu no mundo jurídico provocando gradativas transformações na legislação, na jurisprudência e na doutrina..."

A expressão "comunhão plena de vida" foi assimilada pelo novo Código Civil ao tratar do casamento. A contrário senso, significa dizer que, havendo rompimento de fato da relação conjugal, não se pode, a rigor, falar em comunhão plena de vida e, de conseqüência, em casamento. Logo, contemporaneamente, o simples vínculo formal registral não tem, por si só, a força de gerar efeitos jurídicos, desprezando-se, por completo, a realidade fática do rompimento. Parece de todo evidente que a separação de fato consiste em situação jurídica, hodiernamente, valorada, de tal sorte que sua verificação fática deve surtir efeitos na esfera do Direito de Sucessão.

Impossível, portanto, concordar com Inácio de CARVALHO NETO que, ao analisar o art. 1.830 do novo Código Civil, criticou os efeitos jurídicos atribuídos à separação de fato, asseverando:

"trata-se, a nosso ver, de inovação inadequada, tendo em vista que a separação de fato não extingue a sociedade conjugal, não devendo ser causa de extinção de direitos conjugais". A jurisprudência, há tempo, já vem atribuindo conseqüências à separação de fato, como, por exemplo, a incomunicabilidade dos bens adquiridos após a separação de fato, independentemente do regime de bens adotado, no casamento.

Por outro lado, se a separação de fato não for tomada como critério para exclusão do direito de sucessão do cônjuge supérstite, o novo sistema hereditário se verá questionado por uma contradição intestina.

Ao regular a união estável, o novo Código Civil, de maneira indevida e imprópria, aplicou a este tipo de constituição de família os impedimentos do casamento, ressalvando, porém, que a união estável se constituirá, ainda que um dos companheiros ou ambos sejam separados apenas de fato. Não seria difícil configurar-se situação em que tanto teria direito à sucessão o cônjuge que estivesse separado de fato do de cujus como a sua nova companheira.

Destarte, teve razão o codificador, ao dispor que a separação de fato gere o efeito de extinguir o direito de suceder em razão da relação conjugal. Em que pese o avanço assinalado, o preceito normativo, em apreço, apresenta dois graves defeitos que demandam análise mais pormenorizada.

O primeiro defeito consiste no fato de se haver fixado prazo de dois anos para a separação de fato, para que, só então, esta tivesse o efeito jurídico de excluir o direito sucessório do sobrevivente. Supondo-se que, por ocasião do falecimento de um dos cônjuges, estivesse o casal separado há um ano e onze meses, em virtude do abandono do lar pelo sobrevivente, este teria direito à sucessão, ainda que culpado pela separação de fato, pois, se a separação for inferior a dois anos, a questão da culpa, na dicção do citado artigo, fica fora de cogitação. Tal solução se revela, na prática, esdrúxula, para dizer o mínimo.

Por outro lado, a fixação de prazos exatos para a configuração de situações de fato tem merecido a repulsa da doutrina de um modo geral. Foi o que ocorreu, por exemplo, com a chamada Lei dos Companheiros, Lei 8.971/94, que, para a caracterização da união estável, fixou o prazo geral de cinco anos. As situações de fato, na seara do Direito de Família, às quais o ordenamento imputa efeitos jurídicos, não podem ficar afetadas a lapsos temporais estritos. A dinamicidade da vida repele critérios temporais precisos.

Melhor teria sido, neste passo específico, que o legislador tivesse adotado, pura e simplesmente, o critério do nosso antigo direito, consagrado nas Ordenações. Havendo separação de fato, ficaria o cônjuge sobrevivente excluído da herança, pura e simplesmente, sem qualquer referência ao tempo de separação. Evidentemente, caberia ao Estado, na figura do juiz, dirimir as questões que ainda restarão controvertidas, em alguns casos, quanto à caracterização ou não da referida separação. Tal solução parece muito mais aconselhável que a simples fixação do prazo de dois anos.

O segundo e maior defeito do art. 1.830, ora sob análise, diz respeito à introdução do critério da culpa, para excluir o direito de suceder do cônjuge separado de fato há mais de dois anos, quando da abertura da sucessão. A culpa reaparece sempre nas reentrâncias das relações familiares como arquétipo cultural profundamente incrustado na alma humana. Quando a melhor doutrina pretendia sepultar de uma vez por todas a culpa como critério para a solução dos litígios familiares, voltou o codificador a introduzi-la, agora, como peso para o estabelecimento ou não do direito à sucessão do cônjuge separado de fato há mais de dois anos. É certo que a questão da culpa, por determinado ângulo, já tinha lugar no direito sucessório, quando se tratasse de exclusão ou de deserdação do herdeiro, em razão de sua indignidade, ou de outras causas, taxativamente, fixadas em lei. Note-se, porém, que as causas de exclusão da sucessão do herdeiro ou legatário são verificáveis objetivamente, constituindo ilícito civil e ou penal. Circunstância totalmente diversa é aquela da apuração da culpa pelo rompimento de fato da comunhão conjugal. Com profundidade já examinara esta questão Gustavo TEPEDINO, concluindo que "se a unidade da família, à luz da Constituição, não mais se identifica com a unidade do casamento, não há como associar aplicação de sanções atinentes a efeitos jurídicos existenciais - alimentos, guarda de filhos, sobrenome da mulher - e mesmo patrimoniais - divisão dos bens - à culpa pela ruptura do vínculo matrimonial."

Por fim, cumpre, ainda, registrar que constitui indiscutível contra-senso o que fez o legislador ao excepcionar: "salvo prova, neste caso [separação de fato há mais de dois anos], de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente." Consagrou um kafkiano absurdo: a presunção da culpa. Ao que se infere da leitura do texto, o ônus da prova é imputado

ao cônjuge que se pretende herdeiro. Se separado de fato do de cujus há mais de dois anos, a Lei presume que ele foi o culpado da separação e atribui-lhe o ônus de provar que a convivência com o falecido, tornou-se impossível sem sua culpa. O que ocorreu, neste caso, foi uma inaceitável inversão do princípio da presunção da inocência, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Imprescindível, portanto, o reparo deste complicado e tormentoso artigo do novo Código Civil, o que, salvo melhor juízo, ao menos em termos redacionais não parece demasiado difícil. Bastaria escoimar de sua redação os excessos, deixando apenas o essencial. Eventual emenda poderia reduzir o texto legal aos seguintes termos:

Art. 1830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente ou [separados] de fato. Todavia, enquanto, não sofrer as devidas reformas que reclama, o Código Civil, em particular, no que diz respeito à aplicação das normas contidas no artigo ora analisado, demandará atenção e cuidado dos operadores do direito, especialmente, dos tribunais. A serena e sistemática reflexão sobre o tema é tarefa improrrogável neste momento em que o sobressalto com as novas disposições legais atormenta o cenário jurídico.

## **Bibliografia**

- CARVALHO NETO, Inácio de. A sucessão do cônjuge e do companheiro no novo Código Civil. In: Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v.4, n. 15, Out./Nov./Dez./, 2002.
- FACHIN, Luiz Edson. Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- FACHIN, Luiz Edson. Direito além do novo Código Civil: novas situações sociais, filiação e família. In: Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v.5, n. 17, Abr./Maio, 2003.
- GOMES, Orlando. Sucessões. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito das sucessões, Volume XX (arts. 1784 a 1856) São Paulo: Saraiva, 2003.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. Comentários ao novo Código Civil. Volume: XXI: do direito das sucessões: (Arts. 1784 a 2077) Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- MADALENO, Rolf. O novo direito sucessório brasileiro. Disponível em <<http://www.gontijo-familia.adv.br>>
- OLIVEIRA, Euclides de & HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Do casamento. In: DIAS, Maria Berenice & PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de família e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de Oliveira & MUNIZ, Francisco José Ferreira. Direito de Família - Direito Matrimonial. Porto Alegre: Fabris, 1990.
- RODRIGUES, Sílvio. Direito civil, v. 7 direito das sucessões. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- VIANA, Marco Aurélio S. Teoria e prática do direito das sucessões. São Paulo: Saraiva, 1987.





















































