



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

THAGNA MIRELLA COSTA CAVALCANTI

**REFLEXOS DA EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 66/2010 NA CAPACIDADE  
SUCESSÓRIA DO CÔNJUGE SEPARADO DE FATO**

SOUSA – PB  
2019

THAGNA MIRELLA COSTA CAVALCANTI

**REFLEXOS DA EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 66/2010 NA CAPACIDADE  
SUCESSÓRIA DO CÔNJUGE SEPARADO DE FATO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Admilson Leite de Almeida Júnior

SOUSA – PB  
2019

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA NA FONTE  
Biblioteca Setorial de Sousa UFCG/CCJS  
Bibliotecária – Documentalista: MARLY FELIX DA SILVA – CRB 15/855

C376r Cavalcanti, Thagna Mirella Costa.  
Reflexos da Emenda Constitucional nº 66/2010 na  
capacidade sucessória do cônjuge separado de fato / Thagna  
Mirella Costa Cavalcanti. - Sousa: [s.n], 2019.

45 fl.:il. Col.

Monografia (Curso de Graduação em Direito) – Centro de  
Ciências Jurídicas e Sociais - CCJS/UFCG, 2019.

Orientador: Prof. Me. Admilson Leite de Almeida Júnior.

1. Direito de Sucessão. 2. Cônjuge. 3. Companheiro. 4. Herança.  
I. Título.

**THAGNA MIRELLA COSTA CAVALCANTI**

**REFLEXOS DA EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 66/2010 NA CAPACIDADE  
SUCESSÓRIA DO CÔNJUGE SEPARADO DE FATO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Admilson Leite de Almeida Júnior

Data de aprovação: 22/11/2019

Banca Examinadora

---

Prof. Me. Admilson Leite de Almeida Júnior  
Orientador

---

Prof. Me. Osmando Formiga Ney  
Membro da Banca Examinadora

---

Prof.<sup>a</sup> Me. Carla Rocha Pordeus  
Membro da Banca Examinadora

*Aos melhores pais e irmãos que alguém  
poderia ter.*

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, pelas constantes graças que incessantemente tem me concedido por toda vida e por ter iluminado cada um dos meus passos e abençoado a difícil e tão gratificante caminhada até aqui;

Aos meus pais, por serem meu maior orgulho, exemplo e inspiração, os grandes responsáveis por essa e por todas as minhas conquistas e a quem devo tudo o que tenho e sou;

Aos meus irmãos, os melhores presentes que já recebi, que são, para mim, a motivação para ser alguém melhor e fazer o meu melhor todos os dias, em todas as coisas, para servi-los de exemplo e ser motivo de orgulho;

Ao meu namorado, que, durante todo o curso e especialmente nos momentos mais desafiadores, foi meu refúgio e fortaleza e tem sido, para todas as horas, o melhor companheiro do mundo;

À minha família e amigos, de modo geral, por acreditarem, me incentivarem, apoiarem e torcerem verdadeiramente pelo meu sucesso.

## RESUMO

O presente trabalho discute acerca dos reflexos da Emenda Constitucional n.º 66/2010 na capacidade sucessória do cônjuge separado de fato, que nos remete à discussão, dentro do Direito de Família, sobre os contornos do que se tem por separação na prática e, dentro do Direito Sucessório, no que cabe ao cônjuge supérstite (que nutriu união com o então falecido afora o casamento civil legalmente atestado) em sede de herança, ainda que, à época do falecimento da outra parte, não estivessem mais juntos. O objetivo desta pesquisa científica é minuciar essa questão um tanto quanto polêmica, já que existe um conflito entre a legislação que versa sobre o tema, qual seja o Código Civil, e a Emenda Constitucional do divórcio, que está, também, em voga e detém soberania pela hierarquia do ordenamento jurídico brasileiro. Quanto à metodologia, o método de abordagem é o dedutivo, o método de procedimento é o monográfico e o hermenêutico e a técnica de pesquisa é a bibliográfica e documental. Para alcançar o objetivo proposto, abordará, inicialmente, aspectos gerais sobre a Sucessão, que é o núcleo do tema, em seguida abordando a dissolução da relação conjugal, desde o processo histórico que culminou nos institutos conhecidos por decretarem o fim do casamento até as mais novas considerações do legislador a esse respeito, e finalmente chegar na possibilidade da perda da qualidade de sucessor do separado de fato, que abriga o núcleo desta pesquisa, aproximando o Direito da realidade fática, contribuindo, efetivamente, com a paz social na vida coletiva.

**Palavras-Chave:** Cônjuge. Companheiro. Capacidade Sucessória. Herança.

## **ABSTRACT**

This paper discusses the effects of Constitutional Amendment No. 66/2010 on the succession of the de facto separated spouse, which leads us to the discussion, within Family Law, about the contours of de facto separation and, within Inheritance Law, as far as the superstitious spouse (who nourished union with the then deceased other than the legally attested civil marriage) was inherited, even though, at the time of the other party's death, they were no longer together. The aim of this scientific research is to narrow down this somewhat controversial issue, as there is a conflict between the legislation on the subject, which is the Civil Code, and the Constitutional Amendment of divorce, which is also in vogue and holds sovereignty over the hierarchy of the Brazilian legal system. As for methodology, the method of approach is the deductive, the method of procedure is the monographic and the hermeneutic and the research technique is the bibliographic and documentary. To achieve the proposed objective, it will initially address general aspects of Succession, which is the core of the theme, then addressing the dissolution of the marital relationship, from the historical process that culminated in the institutes known to decree the end of marriage to the earliest. new considerations of the legislator in this respect, until it reaches the possibility of losing the quality of successor of the separated de facto, which houses the heart of this research, bringing the Law closer to the factual reality, effectively contributing to social peace in the collective life.

**Key-Words:** Spouse. Companion. Succession Capacity. Heritage.



## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	<b>9</b>
<b>2. A SUCESSÃO NO DIREITO BRASILEIRO</b> .....	<b>11</b>
2.1 O DIREITO SUCESSÓRIO E SUA IMPORTÂNCIA .....	11
2.2 ESPÉCIES DE SUCESSÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	13
2.3 A ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA NO CÓDIGO CIVIL.....	14
2.4 O ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL E A SUCESSÃO ENTRE COMPANHEIROS .....	16
<b>3. A DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO</b> .....	<b>21</b>
3.1 O CASAMENTO E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO SUCESSÓRIO.....	21
3.2 DOS TERMOS CORRELATOS QUE INDICAM O SEU FIM .....	23
3.3 A DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002 .....	23
3.4 ASPECTOS HISTÓRICOS DO DIVÓRCIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO	26
3.5 A EXCLUSÃO DO ELEMENTO CULPA NO ROMPIMENTO DAS RELAÇÕES CONJUGAIS.....	28
3.6 A EXTINÇÃO DO LAPSO TEMPORAL COMO REQUISITO DO DIVÓRCIO ..	29
3.7 DA SUPREMACIA DA ORDEM CONSTITUCIONAL .....	30
<b>4. A SEPARAÇÃO DE FATO E A PERDA DA QUALIDADE DE SUCESSOR</b> .....	<b>32</b>
4.1 O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR NO DIREITO SUCESSÓRIO .....	32
4.2 A CONDIÇÃO DE HERDEIRO NECESSÁRIO DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE .....	34
4.3 HIPÓTESES DE SUCESSÃO DO CÔNJUGE NO CÓDIGO CIVIL .....	37
4.4 OS REFLEXOS DA EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 66/2010 NA CAPACIDADE SUCESSÓRIA DO CÔNJUGE .....	38
<b>5. CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	<b>42</b>
<b>6. REFERÊNCIAS</b> .....	<b>44</b>

## 1. INTRODUÇÃO

A separação de fato é, na prática, o ato de retornar à condição de terem vidas independentes duas pessoas que tinham, até então, uma vida conjugal, desfazendo-se a coabitação e extinguindo-se os laços afetivos que ligavam um indivíduo ao outro para todos os fins, além de romper vínculos que excedem o campo sentimental, o que gera maiores discussões.

Essa situação fática, apesar de ser naturalmente transitória (enquanto não se tem materializado o divórcio), trouxe consequências jurídicas, como praticamente todas as que vivenciamos nas relações interpessoais da vida em sociedade, que traçaram a ponte entre Direito de Família e Direito Sucessório quando do falecimento de um cônjuge, em virtude da polêmica pela posse dos bens por ele deixados.

É este o núcleo da presente pesquisa científica, que objetiva analisar um aparato histórico da realidade divorcista; bem como comparar as leis vigentes correspondentes e pontuar o que deve ser levado em consideração para a decisão sobre qual delas deve ser aplicada, além de expor a jurisprudência e fazer apontamentos sobre a mesma; e o futuro, tecendo projeções a partir disso.

Ao mesmo tempo, expandindo o foco da visão do trabalho, este também terá o condão de enfatizar a seara do Direito Sucessório e explicará a importância de um estudo a ela voltado, o que será introduzido, desde logo, no primeiro capítulo, citando-se as espécies de sucessão e a ordem hereditária a qual se destina, até chegar na figura do cônjuge/companheiro, que é o sujeito-alvo.

No segundo capítulo será posto no centro da discussão o casamento e como pode se dar o seu fim, com ênfase para o que dispõe o Código Civil de 2002 e, posteriormente, as mudanças nessa perspectiva que a Lei, acompanhando as transformações sociais, acatou.

Já no terceiro se encontrará, finalmente, o assunto específico ao qual se refere, abordando os reflexos da Emenda Constitucional n.º 66/2010 na capacidade sucessória do cônjuge separado de fato, o ponto em que se pauta este estudo científico.

No que diz respeito ao método da pesquisa do referido trabalho, será utilizado o método dedutivo, com o levantamento de dados e informações gerais aplicáveis a

uma totalidade de casos específicos que discutem a destinação da herança do *de cuius*.

Quanto aos objetivos, o método de pesquisa será exploratório, posto que a exploração, em si, da temática será o principal meio utilizado, quando da busca por conhecimentos massivos e detalhes importantes sobre o cônjuge e o companheiro, o rompimento de uma relação e as implicações no que se refere aos bens, especialmente *post mortem*, visto que, apesar de ser algo bastante comum no cotidiano, não é algo frequentemente debatido academicamente.

No que concerne, por fim, aos procedimentos técnicos, serão aplicadas a análise de documentos de fontes confiáveis como já mencionado e, principalmente, a revisão bibliográfica, em que serão analisadas e discutidas as contribuições científicas dentro do assunto estudado.

## 2. A SUCESSÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Neste primeiro capítulo será introduzida a temática do trabalho monográfico à medida em que serão explanadas considerações gerais acerca do Direito Sucessório, à luz das doutrinas clássica e contemporânea, bem como são trazidos os contornos e delimitações legalmente descritos sobre a sucessão e, para além do que se encontra necessariamente positivado, suas formas de se apresentar no mundo real, especialmente no que se refere à figura do companheiro(a).

### 2.1 O DIREITO SUCESSÓRIO E SUA IMPORTÂNCIA

O Código Civil é a expressão maior do direito privado no Brasil, a lei que mais se entrelaça à vida do cidadão. A didática da divisão de seus capítulos acompanha a evolução dos indivíduos, sendo, portanto, a parte destinada a tratar sobre a Sucessão a última deste dispositivo, tendo em vista que sua matéria original tem como requisito natural para sua manifestação a morte do titular de direitos para que se estabeleça, através desse processo, a transferência dos mesmos a seus herdeiros.

Adotando-se uma interpretação extensiva, não se restringe o Direito Sucessório à espécie de transmissão *mortis causa*, havendo-se a prerrogativa de se dispor dos bens e direitos de alguém em função de outrem ainda em vida. Porém, para esta pesquisa científica, será adotada a interpretação restritiva, que abrange apenas as questões relativas ao pós-óbito.

Essa visão mais seleta remete à concepção de MIRANDA (1972, v.55, p.179) quanto à nomenclatura pela qual ficou conhecida esta área, quando ensina que suceder é vir depois, colocar-se após no tempo, tomando, na relação jurídica, o lugar que o outro tinha; no sentido estrito, suceder é herdar, ou haver por legado, supondo a morte de quem foi sucedido.

Isto posto, será observada então a definição trazida pela doutrina para o Direito Sucessório:

Partindo da escola clássica, MAXIMILIANO (1952 apud. TARTUCE, 2014, p. 2) atribui uma definição objetiva e uma subjetiva para essa seara. No primeiro caso,

define como sendo o conjunto de normas reguladoras da transmissão dos bens e obrigações de um indivíduo em consequência da sua morte. E no segundo, como o direito de suceder, ou seja, de receber o acervo hereditário de um defunto.

Na escola contemporânea, DINIZ (2010, p. 3) traduz como (*in verbis*):

O conjunto de normas que disciplinam a transferência do patrimônio de alguém, depois de sua morte, ao herdeiro, em virtude da lei ou de testamento (CC, art. 1786)". Consiste, portanto, no complexo de disposições jurídicas que regem a transmissão de bens ou valores e dívidas do falecido, ou seja, a transmissão do ativo e do passivo do de cujus ao herdeiro.

Aqui, será adotada a contribuição de TARTUCE (2014, p. 3), numa visão baseada no artigo 2024 do Código Civil Português (de onde grande parte do nosso Código Civil teve influência direta), segundo o qual "diz-se sucessão o chamamento de uma ou mais pessoas à titularidade das relações jurídicas patrimoniais de uma pessoa falecida e a consequente devolução dos bens que a esta pertenciam".

A partir daí, ele ensina que se trata de um ramo do Direito Civil que tem por objeto as transmissões de direitos e deveres de uma pessoa a outra, em detrimento do falecimento da primeira, podendo se fazer na forma de última vontade ou por determinação de lei.

Serve como inspiração, para este autor, a concepção legal que está no artigo 2024 do Código Civil português, segundo o qual "diz-se sucessão o chamamento de uma ou mais pessoas à titularidade das relações jurídicas patrimoniais de uma pessoa falecida e a consequente devolução dos bens que a esta pertenciam".

Sabendo-se do que se trata o Direito Sucessório, será elucidada, então, a sua relevância.

A bem da verdade, este ramo tem sido relegado a uma função meramente patrimonial, ficando, assim, relativamente abandonado da ciência jurídica, posto que tem sido taxado como alheio a qualquer ideia de promoção e desenvolvimento da pessoa humana ou da funcionalização de seus institutos principais, como se deu com a propriedade e com o contrato.

Porém, não se pode deixar de vislumbrar sua relação recíproca com a função social, que determina a relevância daquele patrimônio próprio perante a coletividade; como garantidor de princípios como o da solidariedade familiar, que tem total ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana, pilar estrutural de toda a legislação brasileira; além de ser inegável que além do material, há outros vários direitos

subjetivos que podem ser herdados e merecem tanto quanto precisam ser protegidos.

## 2.2 ESPÉCIES DE SUCESSÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Em um retrospecto histórico que possibilita o aprendizado sobre as origens desse instituto, explana que os romanos atribuíam maior valor ao Direito de Propriedade, possibilitando o testador dispor por testamento toda sua fortuna, enquanto na Alemanha não se falava em testamento, sendo *sine qua non* a observância da consanguinidade para discutir a transmissão do patrimônio (AZEVEDO, 2019, p.16).

Mas apesar do Direito canônico, que influenciou mais massivamente o nosso, ter predileção pela disposição testamentária, o Direito brasileiro terminou por mesclar os dois modelos. Assim ficou o proprietário na incumbência de dispor da metade de sua herança (também chamada de monte hereditário ou espólio) e a outra metade, a ser deferida à família para sua continuidade.

Daí a coexistência desses dois sistemas: o da sucessão hereditária legítima e o da sucessão hereditária testamentária, como afirma o artigo 1786 do Código Civil quando diz que “A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade”, sobre os quais tem-se que:

A sucessão hereditária legítima se encontra postulada entre os artigos 1829 até o 1856 do Código Civil e corresponde àquela em que a transmissibilidade da herança é regrada não pelas normas do testamento, mas, sim, pela própria lei, submetendo-se a ordem de chamamento dos sucessores (vocação legal).

Dessa forma, caso o autor da herança venha a óbito sem nunca ter redigido um testamento (no latim *ab intestato*), caso este documento, ainda que feito, seja portador de algum vício que o torne inválido (nulo ou anulável) ou ainda quando restarem bens não citados no testamento válido que não tiveram destinação definida, é a própria lei quem, atuando supletivamente, cuida de dispor a respeito da sucessão hereditária.

A sucessão hereditária testamentária é aquela em que a transmissibilidade da herança é disciplinada por um ato jurídico negocial, especial e solene, denominado testamento. Nota-se aqui a representação objetiva da autonomia privada, posto que,

respeitados os devidos limites, o testador detém a liberdade de escolher a quem beneficiar e quanto de patrimônio destinar aos escolhidos.

Não existe prioridade entre uma e outra, mas GAGLIANO e PAMPLONA FILHO (2019, p. 59) fizeram um comentário interessante que nos leva a refletir sobre a diferença que existe quando temos como parâmetro a real utilidade na nossa sociedade, afirmando que não faz parte da cultura brasileira a preocupação com o destino do nosso patrimônio após a morte, como tipicamente ocorre na Europa.

Eles taxam como irônico o fato de a sucessão testamentária ser regulada de forma tão abrangente e exaustiva no Código Civil, consagrando inclusive várias espécies de testamento, a despeito da sua menor aplicação prática e sintetizam a crítica com a seguinte frase: “a sucessão testamentária, a despeito das dezenas de artigos a ela dispensada pelo Código Civil, não teve, não tem e nunca terá a aceitação social e o significado jurídico da sucessão legítima.”

Além dessa divisão, a sucessão hereditária pode ainda ser classificada como sucessão hereditária universal ou singular.

A sucessão hereditária universal está regulada entre o artigos 1829 e 1856 do Código Civil e faz menção ao herdeiro, pois a ele é deferida uma fração (quota-parte) ou toda a herança. E a sucessão hereditária singular consta dos artigos 1912 e 1940 do mesmo diploma legal e diz respeito ao legatário, a quem é deferido um ou alguns bens específicos ou direito determinado, ou seja, herda parte individualizada.

### **2.3 A ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA NO CÓDIGO CIVIL**

Pelo que dispõe o Código Civil em vigor, os chamados a suceder são:

Art. 1829: 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. (BRASIL, 2002)

A nova ordem de vocação hereditária, portanto, prevê a concorrência dos descendentes e dos ascendentes com o cônjuge, estabelecendo o seguinte:

descendentes e cônjuge ou companheiro, ascendentes e cônjuge ou companheiro, cônjuge sozinho, o cônjuge ou companheiro sozinho, e, por fim, colaterais até o quarto grau.

Na sucessão dos descendentes há que se atentar para dois pontos:

Até 1988 os filhos adotivos não tinham direito à herança e os filhos tidos fora do casamento tinham direito apenas a metade dos bens que os demais filhos herdavam, numa mistura de prioridade do critério sanguíneo com tradicionalismo da família antiga. Hoje, é constitucionalmente garantida a igualdade familiar e entre os filhos. Além disso, o mais próximo sempre afasta o mais remoto, ou seja, não se acumulam, se substituem conforme necessidade de ocupação daquele posto. Porém, existem três hipóteses em que diferentes graus de descendência sucedem ao mesmo tempo, quais sejam a indignidade, a deserção e a pré-morte.

Tudo isso se aplica também à sucessão dos ascendentes e ainda alia-se a essas observações a seguinte: no caso de herdarem um avô paterno e dois avós maternos, o avô paterno receberá metade da herança, sendo a outra metade dividida entre os avós maternos. Não havendo avô paterno, mas apenas dois avós maternos estes recebem a totalidade da herança, ainda que haja bisavós.

Quando é falado em sucessão do cônjuge, há que se atentar para a questão da dupla atuação do mesmo no processo: além de herdeiro, é também meeiro. Como herdeiro, concorre com os descendentes e ascendentes na ordem supracitada. E como meeiro, tem a possibilidade de ter a metade que cabe dos bens (comuns, ou seja, adquiridos durante a constância do casamento) de acordo com o regime de partilha adotado na união.

Para que conserve a prerrogativa de ser reconhecido enquanto sujeito desse direito sucessório, o Código Civil previa que o cônjuge sobrevivente tinha que, ao tempo da morte do outro, ser ainda unido a este de direito e também não pode ser separado de fato há mais de dois anos. Este último ponto será melhor detalhado mais adiante, quando serão vistas as alterações consideradas quanto à sua aplicação, a partir de uma Emenda Constitucional que mudou de figura a questão.

Não se pode esquecer também que existem três hipóteses em que o direito sucessório do cônjuge é extinto, que são: adotado o regime da comunhão universal, em que o cônjuge não herda, pois tem direito à meação de tudo; adotado o regime da comunhão parcial de bens, sem a existência de bens particulares, já



que o cônjuge também não herda, pois, para todos os efeitos, dá no mesmo que uma comunhão universal; e adotado o regime da separação obrigatória, quando o cônjuge sofre uma exclusão legal, logo também não pode herdar.

Por óbvio, a concorrência entre o cônjuge e os descendentes incide somente sobre os bens particulares, pois sobre os bens comuns o cônjuge já tem direito à meação. Não sendo este o caso, sobre a concorrência, vê-se, no Código Civil, artigo 1832 “em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer”.

Assim, se o cônjuge for ascendente de quem com ele concorre na sucessão fará jus a um quarto da herança. Na hipótese de concorrer, por exemplo, com apenas um filho terá direito à metade dos bens particulares do autor da herança, mas se concorrer com seis filhos comuns terá direito a um quarto da herança e os outros três quartos serão divididos entre os seis filhos.

Por outro lado, quando o cônjuge concorre com o ascendente, a regra é que tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau.

Na sucessão do cônjuge em concorrência com ascendentes independe a opção feita no regime de bens. Aqui qualquer que seja o regime adotado o cônjuge tem direito à meação e à herança (artigo 1.837).

## **2.4 O ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL E A SUCESSÃO ENTRE COMPANHEIROS**

O artigo 1.790 do Código Civil trata da parte da sucessão destinada aos companheiros pela lei, tendo sido os mesmos, com a evolução do conceito de família e ampliação da aceitação dessa figura, reconhecidos como sujeito de direitos equivalentes aos dos cônjuges, o que abriu a discussão, surgindo críticas da doutrina e até mesmo dos tribunais, situação que agora serão minuciados.

O Código sustenta que ao companheiro ou companheira caberá a participação da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos em caráter oneroso e dentro do período de vigência da união estável, nas condições seguintes:

Caso concorra com filhos comuns terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho; Se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-à a metade do que couber a cada um daqueles; Se concorrer com outros parentes sucessíveis terá direito a um terço da herança; e não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

O grande problema deste artigo consiste no tratamento diversificado que os companheiros receberam em comparação aos cônjuges, quando, ao tratar da sucessão, deixou esses à margem do rol de vocação hereditária, ao contrário do que ocorria anteriormente, com a Lei 8.271/94, que colocava o companheiro na 3ª ordem de vocação hereditária especial, representando, portanto, um retrospecto nos direitos destas pessoas.

O legislador ainda restringiu a possibilidade de herança por parte dos companheiros aos bens adquiridos onerosamente a partir da conjugação da união estável, não sendo parte disso os bens particulares, anteriores, que ficam para a concorrência dos descendentes, ascendentes e parentes sucessíveis do companheiro falecido.

Quando ao direito real de habitação (do imóvel destinado à residência da família) em favor do companheiro sobrevivente ficou silente, não fazendo qualquer menção neste artigo, apesar de ser previsto pelo parágrafo único do artigo 7º da Lei 9278/96, onde se aprende que em caso de dissolução da união estável por falecimento de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento.

O que torna ainda mais grave este ponto é que vai de encontro direto ao que prescreve o artigo 226, §3º da Constituição Federal, que afirma que o Estado deve proteger o casamento, a família monoparental e a União Estável, tendo em vista que o artigo 1831 do Código Civil resguarda esses direitos ao cônjuge e deveria, portanto, fazer o mesmo com os companheiros.

Por que não falar também nos princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade, da vedação ao retrocesso e até mesmo na liberdade de constituir família, já que deslegitima esse novo tipo de formação dessa que é a instituição mais antiga e importante da sociedade e que, caminhando com ela, não pode ser engessada?

A redação do artigo em questão deixou ainda brechas para situações conflituosas nas quais recorrer à interpretação majoritária tem servido como solução

viável.

É o caso dos bens adquiridos a título gratuito.

O artigo, como visto anteriormente, prescreve o direito dos companheiros no que se refere aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável. Assim sendo, não estariam abarcados os bens a título gratuito.

Mas o que seria feito desses bens na situação hipotética em que o falecido só deixara bens adquiridos dessa forma (através de doações dos pais, por exemplo) e não tivesse mais ascendentes, não tivesse contraído matrimônio e não tivesse, também, descendentes?

Pelo exposto no artigo 1844 do Código Civil, ao qual se filia a doutrina majoritária, o entendimento que fica é o de que o Estado somente será o destinatário dos bens caso o de cujus não deixar cônjuge, companheiro ou outro herdeiro, sobretudo.

Assim, a ideia é que o beneficiário será sempre o companheiro do falecido.

O outro caso é o da chamada sucessão híbrida, termo utilizado por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, que intitula a utilização concomitante dos incisos I e II do artigo 1.790, pela qual o companheiro ou companheira do falecido concorrerá, ao mesmo tempo, com os descendentes comuns (inciso I) e com os descendentes exclusivos do autor da herança (inciso II).

De acordo com TARTUCE (2006), a doutrina se dividiu em três correntes, que defendem, respectivamente:

Na primeira corrente, que quando se tratar de sucessão híbrida, deverá ser aplicado o inciso I do art. 1.790, tratando-se todos os descendentes como se fossem comuns, já que filhos comuns estão presentes. Esse entendimento é o majoritário pela doutrina, que, de acordo com TARTUCE (2006), é seguido por Caio Mário da Silva Pereira, Christiano Cassettari, Francisco Cahali, Inácio de Carvalho Neto, Jorge Fujita, José Fernando Simão, Luiz Paulo Vieira de Carvalho, Maria Berenice Dias, Maria Helena Daneluzzi, Mário Delgado, Rodrigo da Cunha Pereira, Rolf Madaleno e Silvio de Salvo Venosa.

Na segunda, que presente à sucessão híbrida subsuma-se o inciso II do art. 1.790, tratando-se todos os descendentes como se fossem exclusivos (só do autor da herança). Anote-se que julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) adotou essa corrente:

INVENTÁRIO. PARTILHA JUDICIAL. PARTICIPAÇÃO DA COMPANHEIRA NA SUCESSÃO DO DE CUJUS EM RELAÇÃO AOS BENS ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL. CONCORRÊNCIA DA COMPANHEIRA COM DESCENDENTES COMUNS E EXCLUSIVOS DO FALECIDO. HIPÓTESE NÃO PREVISTA EM LEI. ATRIBUIÇÃO DE COTAS IGUAIS A TODOS. DESCABIMENTO. CRITÉRIO QUE PREJUDICA O DIREITO HEREDITÁRIO DOS DESCENDENTES EXCLUSIVOS, AFRONTANDO A NORMA CONSTITUCIONAL DE IGUALDADE ENTRE OS FILHOS (ART 227, § 6º DA CF). APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DO ART 1790, II DO CÓDIGO CIVIL. POSSIBILIDADE. Solução mais razoável, que preserva a igualdade de quinhões entre os filhos, atribuindo à companheira, além de sua meação, a metade do que couber a cada um deles. Decisão reformada Recurso provido. (TJSP, Agravo de instrumento n. 994.08.138700-0, Acórdão n. 4395653, São Paulo, Sétima Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Álvaro Passos, julgado em 24/03/2010, DJESP 15/04/2010. No mesmo sentido: TJSP, Agravo de instrumento n. 652.505.4/0, Acórdão n. 4068323, São Paulo, Quinta Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Roberto Nussinkis Mac Cracken, julgado em 09/09/2009, DJESP 05/10/2009).

Além disso, são adeptos o próprio TARTUCE (2006), Gustavo René Nicolau, Maria Helena Diniz, Sebastião Amorim, Euclides de Oliveira e Zeno Veloso.

E na terceira, corrente que, na sucessão híbrida, deve-se aplicar fórmula matemática de ponderação para solucionar o problema. Entre tantas fórmulas, destaca-se a Fórmula Tusa, elaborada por Gabriele Tusa, com o auxílio do economista Fernando Curi Peres.

Diante de todo o exposto, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu pela inconstitucionalidade do artigo 1790, afirmando os ministros vencedores que a Constituição contempla diferentes formas de família, além da que resulta do casamento, incluindo as formadas mediante união estável, não havendo nenhuma hierarquização entre elas, devendo todas ter os mesmos direitos e obrigações. Portanto, não é legítimo tratar de forma desigual, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada por casamento e a constituída por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares mostra-se incompatível com o disciplinado na Constituição Federal de 1988, bem como também é incompatível com os princípios norteadores do Direito brasileiro.

Ficou acertado que, com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento sobre a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, deve ser aplicado apenas aos inventários judiciais em que a sentença de partilha não tenha transitado em julgado e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública. A tese teve reconhecimento de repercussão geral, ou seja, efeito *erga omnes*.

O companheiro passa a figurar ao lado do cônjuge na ordem de sucessão

legítima (artigo 1.829). Desse modo, concorre com os descendentes nos moldes do regime de bens adotado. Concorre também com os ascendentes o que independe do regime de bens. Na falta de descendentes e de ascendentes, o companheiro recebe a herança por inteiro, como ocorre com o cônjuge, excluindo os colaterais até o quarto grau (irmãos, tios, sobrinhos, primos, tios-avôs e sobrinhos-netos).

A decisão tema possui enorme repercussão, no sentido literal da palavra, na sociedade, em virtude dos diversos casais que vivem em União Estável e das diversas sucessões em andamento, tanto nas varas de família e sucessões, quanto nos cartórios de notas.

### **3. A DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO**

O presente capítulo discorrerá sobre a ruptura legal do matrimônio, considerada uma conquista política e social da sociedade brasileira, que vem, ao poucos, deixando de ser marcada pelos dogmas da Igreja e pelo patriarcalismo machista que resumia os direitos àquilo que lhes fosse conveniente e tinha, quanto aos casamentos, a desastrosa função de tornar aquela unidade de indivíduos mero cumprimento imperativo de obrigação contraída, quando deve ser nutrida, em suma, pelo afeto.

#### **3.1 O CASAMENTO E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO SUCESSÓRIO**

Não há um consenso doutrinário a respeito da natureza jurídica do casamento, mas diferentes concepções abordadas por GONÇALVES (2017), sustentadas pelo posicionamento de diferentes autores que são referência no assunto, as quais podem ser resumidas em: natureza clássica, individualista ou contratualista; natureza institucionalista ou supraindividualista e natureza eclética ou mista.

A natureza clássica, individualista ou contratualista considerava o casamento civil, indiscutivelmente, um contrato, cuja validade e eficácia decorreriam exclusivamente da vontade das partes. Tal concepção representava uma reação à ideia de caráter religioso que vislumbrava no casamento um sacramento. Segundo os seus adeptos, aplicavam-se aos casamentos as regras comuns a todos os contratos.

Assim, o consentimento dos contraentes constituía o elemento essencial de sua celebração e, sendo contrato, certamente poderia dissolver-se por um distrato. A sua dissolução ficaria, destarte, apenas na dependência do mútuo consentimento.

A natureza institucionalista ou supraindividualista: em oposição à anterior, para essa corrente o casamento é uma “instituição social”, no sentido de que reflete uma situação jurídica cujos parâmetros se acham preestabelecidos pelo legislador, constituindo um conjunto de regras impostas pelo Estado, que forma um todo ao qual as partes têm apenas a faculdade de aderir, pois, uma vez dada referida adesão, a vontade dos cônjuges torna-se impotente e os efeitos da instituição

produzem-se automaticamente.

O casamento constitui assim “uma grande instituição social, que, de fato, nasce da vontade dos contraentes, mas que, da imutável autoridade da lei, recebe sua forma, suas normas e seus efeitos.

E a natureza eclética ou mista considera o casamento ato complexo, ao mesmo tempo contrato e instituição. É um contrato especial, que muito se distingue dos demais, pois enquanto estes só giram em torno do interesse econômico, o casamento se prende a elevados interesses morais e pessoais e de tal forma que, uma vez ultimado o contrato, produz ele efeitos desde logo, que não mais podem desaparecer.

Este se constitui pelo consentimento livre dos esposos, os quais, por efeito de sua vontade, estabelecem uma sociedade conjugal que, além de determinar o estado civil das pessoas, dá origem às relações de família, reguladas, nos pontos essenciais, por normas de ordem pública.

Efetivamente considerado como ato gerador de uma situação jurídica (casamento-fonte), é inegável a sua natureza contratual; mas, como complexo de normas que governam os cônjuges durante a união conjugal (casamento-estado) e com elementos característicos como a necessária antecedência de registro civil para sua existência, predomina o caráter institucional.

Essa última é a vertente mais aceita, não se fazendo óbice ao chamamento de “contrato especial” ou, especialmente, “contrato de Direito de Família”, com características diversas do disciplinado no direito das obrigações.

Tal definição compete também ao Direito Sucessório porque importa saber quem é membro daquele núcleo familiar, quem pode ser considerado herdeiro, para qualificar os herdeiros entre as suas espécies e distribuir a parte que cabe a cada um deles.

Para este trabalho, ainda amplia-se a relevância desse entendimento anterior, posto que a capacidade sucessória à qual se faz menção aqui é a do cônjuge separado de fato, como o próprio título denuncia, o que nos remete não só à constituição inicial de um casamento como no regime adotado para o seu fim, o que trata efeitos patrimoniais para ambas as partes que estão presentes nessa relação, inclusive quanto à partilha de bens.

### 3.2 DOS TERMOS CORRELATOS QUE INDICAM O SEU FIM

Antes de qualquer coisa, será feita uma distinção banalmente ignorada, porém *sine qua non* para discutirmos os aspectos legais da temática, qual seja a dos termos “separação judicial”, “divórcio”, “separação de corpos” e “desquite”, tratadas muitas vezes como expressões sinônimas e tais institutos como equivalentes, que foram aparecendo conforme as garantias passavam a ser atestadas para os indivíduos.

O casamento civil foi implantado no Brasil no ano de 1890 e à época não tratava se falava em dissolução do vínculo conjugal, mas era prevista a separação de corpos, que resumia-se simplesmente na desobrigação da coabitação entre os envolvidos.

Depois veio o desquite (judicial ou amigável), como forma de pôr fim à sociedade conjugal. A sentença do desquite apenas autorizava a separação dos cônjuges, pondo termo ao regime de bens. Porém, o vínculo matrimonial permanecia.

A separação judicial é um nome mais moderno para esse desquite, mantendo suas características: efeitos físicos, materiais e patrimoniais, mas ainda com o impedimento de convolação de novas núpcias, ou seja, de os nubentes casarem-se novamente com outra pessoa.

Já no último e protagonista do nosso estudo, o divórcio, todos os elos que atrelavam um indivíduo ao outro são rompidos (físicos, materiais, patrimoniais e inclusive matrimonial) e a pessoa se torna totalmente desimpedida de iniciar uma nova vida, até mesmo, se assim desejar, com outra.

### 3.3 A DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Inicialmente, será explanada a dissolução do casamento, à luz do Código Civil vigente, de 2002, que trata sobre este assunto em específico no Capítulo X do Livro IV, Do Direito de Família, inserido Título I, Do Direito Pessoal, destacado do Subtítulo I, Do Casamento.

Há que se fazer aqui uma análise do que se tem por disposto no referido dispositivo legal, dos artigos 1571 a 1582, tendo ainda como base os comentários da



doutrinadora Maria Helena Diniz, na 16<sup>o</sup> edição de seu Código Civil Anotado, que já aporta a Emenda Constitucional 66/2010 (do Divórcio).

Em um apanhado geral, se pode vislumbrar, de início, as hipóteses de dissolução da sociedade conjugal ou do casamento, de onde se extrai:

Pela morte de um dos cônjuges, onde se insere na qualidade de “morto” o presumido, ainda que sem declaração de ausência, devendo-se atentar ainda para o fato de se confundir com a dissolução do vínculo matrimonial, posto que, com o desaparecimento por tempo considerável, não faria sentido manter o impedimento do cônjuge sobrevivente de contrair nova união.

Pela nulidade ou anulação do casamento, tendo em vista que a mesma sentença que a decreta, decreta também, por óbvio, o fim da sociedade conjugal e do vínculo matrimonial.

Pela separação judicial (ou extrajudicial, com fulcro no artigo 1124-A) e, neste caso, o vínculo se mantém, não podendo os cônjuges convolarem novas núpcias.

E, ainda, pelo divórcio. Neste caso, por ocorrer em razão de fatos supervenientes ao casamento válido, dissolve tanto ele como o vínculo, permitindo aos cônjuges novos casamentos.

Em seguida, nos deparamos com a possibilidade de qualquer dos cônjuges propor a ação de separação judicial a qualquer tempo, quando da imputação a um deles de ato que importe violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida comum.

A essa época, ainda exigia-se a condição da prova da ruptura da vida em comum por tempo superior a um ano, atrelada da impossibilidade de sua reconstituição, como hipótese de pedido da separação judicial.

A manifestação de doença mental grave manifestada depois do casamento e tornando impossível a continuação da vida em comum se, depois de durar dois anos, a patologia seja reconhecida de cura improvável, também se reconhecia enquanto argumento plausível .

E o último destes argumentos é um conjunto de conjunturas em que pode se considerar insustentável a chamada comunhão de vida, quais sejam: adultério; tentativa de morte; sevícia ou injúria grave; abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo; condenação por crime infamante; conduta desonrosa; além de haver que se considerar a discricionariedade judicial.

O mútuo consentimento, que remete a acordo entre os cônjuges unidos há

mais de um ano, também é retratado, quando se determina necessária a convalidação por homologação de magistrado que testemunhe a convenção estabelecida entre eles. O juiz pode se negar a convalidar o acordo em situações devidamente pontuadas.

Junto com a cessação da coabitação, a separação de corpos advém da separação judicial ou, em caso de divórcio litigioso, pode até mesmo vir antes dele, como medida cautelar. Entra nessa discussão a questão da guarda de filhos menores.

Além disso, para a partilha de bens é designado que se faça acordo homologado pela autoridade judicial, tal qual a convenção sobre o divórcio e, caso não se consiga um acordo, aponta como solução a decisão sobre a partilha em juízo sucessivo.

Quanto à separação judicial não consensual, é enfatizado que, tal qual a primeira, põe termo aos deveres de coabitação e fidelidade recíproca e ao regime de bens e explicando sua natureza personalíssima (cabe única e exclusivamente aos cônjuges que, em excepcional admissão legal para casos de incapacidade, devem ser representados pelo curador, ascendente ou irmão).

É válido salientar que, em qualquer das modalidades de separação/divórcio, o dever de assistência material é automaticamente convertido em obrigação alimentícia.

Explana-se ainda sobre a previsão da possibilidade de se reaver a união por ato regular em juízo, o que pode ser feito a qualquer tempo, através de requerimento nos autos da separação, bastando petição inicial e procuração *ad judicium* subscrita por ambos os cônjuges.

O Código abriga também a discussão sobre a utilização, pelo cônjuge declarado culpado na ação de separação judicial, do sobrenome do outro (que tenha requerido a proibição). Isso ocorre caso não acarrete evidente prejuízo para a identificação, manifesta distinção entre o nome da pessoa e dos filhos ou dano grave reconhecido. Se restar silente o cônjuge inocente, será mantido o nome de casado de ambos.

Sobre os efeitos do divórcio em relação à prole, sugere que não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos e em seu parágrafo único que novo casamento de qualquer dos pais não importa em restrições desses direitos e deveres.

Indica a previsão de conversão, por requerimento de uma das partes, do trânsito em julgado da sentença que decretou a separação judicial ou a decisão sobre a separação de corpos em divórcio, onde é preciso que se atente para a revogação parcial do artigo em relação ao lapso temporal obrigatório.

O divórcio é tido, por último, como direito personalíssimo, assim como a separação judicial, que pode ser concedido sem que haja prévia partilha de bens, ficando a cargo da ação do mesmo ambas as pautas.

Em síntese, destacam-se a distinção necessária entre divórcio, separação judicial e separação de corpos; a previsão legal de acordo em qualquer dessas situações; a participação necessária da autoridade judicial quer seja para mera homologação de decisão entre as partes quer seja para definir todos os contornos da dissolução do casamento; além da existência de implicações decorrentes em especial sobre herdeiros e bens.

### **3.4 ASPECTOS HISTÓRICOS DO DIVÓRCIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO**

A família representa a mais importante das instituições da sociedade, uma vez que consiste no alicerce de toda sua construção. Partindo desse pressuposto, cabe ao Direito, enquanto ciência oriunda dos fatos sociais, a função de compreender as transformações no que tange à sua natureza, bem como a evolução dos interesses de seus integrantes, e se moldar a essa nova conjuntura. Só assim, continuará cumprindo verdadeiramente seu papel essencial de orientação da vida coletiva e promoção da justiça.

Isso não faz do Direito de Família ou daquelas searas que dele têm raízes e por ele rende frutos (como, no caso, o Direito Sucessório) fadado à insegurança jurídica. Apenas o qualifica enquanto flexível ao espaço e ao tempo em que se encontra, mas sempre obedecendo aos princípios que sustentam a base de seus fundamentos.

Nesse diapasão, observamos grandes mudanças em seu contexto, que fizeram com que a família patriarcal, que circundava em volta do pater, que era o grande responsável por sua instituição, deu lugar a uma família plural, em que os liames genéticos e patrimoniais que eram o principal elo de ligação entre os integrantes deram lugar à valorização do afeto.

Dessa forma, o casamento, que antes tinha caráter definitivo, recebeu influência dessa reorganização de prioridades, que trouxe consigo dois fatores importantes a serem destacados: o empoderamento feminino não só perante a sociedade, mas dentro de sua casa; e o firmamento da instituição familiar tendo como pilar principal a existência, a permanência e a prevalência do amor.

Não fazia sentido, portanto, manter o casamento apenas por persistirem os entraves burocráticos que impediam a extinção de direito daquela relação, principalmente a partir do contexto de luta pela emancipação do Brasil como Estado Democrático de Direito e pelas garantias dos direitos individuais.

Por isso, pode se dizer que esta é uma conquista política e social da sociedade brasileira, que começou a ter respaldo com a Constituição Federal de 1988, marco legal responsável por atestar essas mudanças, em especial graças à primazia do princípio considerado norteador de todo o ordenamento jurídico brasileiro na atualidade, qual seja o da dignidade da pessoa humana.

Antes dela, a lei ancorava-se nos dogmas religiosos, especificamente nos ideais do Cristianismo, herança da nação que nos colonizou, Portugal, o que determinava a rigidez do matrimônio.

Tomando-se como referência a linha do tempo que demarca os eventos mais importantes quando à trajetória do divórcio no Brasil, que recebe como subtítulo “A consolidação do Estado Democrático de Direito”, traçada e publicada pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) a partir de apurados em publicações próprias, será visto, a seguir, um retrospecto que remonta o caminho percorrido até o ponto em que nos encontramos.

A primeira proposição divorcista foi apresentada ao Parlamento pelo Deputado Érico Marinho, em 1893, sendo seguida por tentativas em 1896 e 1899, todas mal sucedidas, além do projeto de divórcio vincular sugerido pelo Deputado provincial Martinho Garcez, no Senado, também rejeitada.

Em 1916, o antigo Código Civil de Clóvis Beviláqua permitia a dissolução da sociedade conjugal apenas através do desquite, amigável ou judicial. Funcionava como o que hoje se entende por separação de corpos, onde, apesar da individualização patrimonial, o vínculo matrimonial, como pretendido, não se rompia.

Essa impossibilidade de se haver rompimento tornou-se preceito constitucional em 1934, ratificado em 1937 (quando se referia à formação familiar, no artigo 124), o que veio a se repetir em 1946 e 1967.

No decorrer do tempo por várias vezes se tentou instituir o divórcio no país, o que só veio a ocorrer de fato em 1977, coma Emenda Constitucional nº 9, regulamentada pela Lei n.º 6515/77 de autoria do Senador Nelson Carneiro, que inovava com a quebra do vínculo conjugal e a concessão da chance de se contrair novo matrimônio.

A lei inaugural do divórcio, aprovada em 1977, concedeu a possibilidade de um novo casamento, mas somente por uma vez. O “desquite” passou a ser chamado de “separação” e permanecia, até hoje, como um estágio intermediário até a obtenção do divórcio. Foi com a Constituição de 1988 que passou a ser permitido divorciar e recasar quantas vezes fosse preciso.

Além dessa atualização, o Código Civil de 2002 veio para disciplinar a matéria por completo, suscitando as formas de dissolução que até hoje (assim como o que corresponde a demais matérias) estão em voga: tanto a hipótese da separação judicial como a do divórcio, preceituando da forma que fora anteriormente analisada em tópico acima.

Por fim, falando sobre o que há de mais importante, veio a Emenda Constitucional n.º 66/2010, a partir de pretensão normativa sugerida pelo IBDFAM para modificar o §6º do art. 226 da Constituição Federal, que transformou significativamente o instituto, afastando as hipóteses de dissolução da sociedade conjugal ou do casamento (constantes do Código Civil, artigo 171, como já fora visto).

Foi suprimido o instituto da separação judicial, afastando as discussões do elemento culpa e excluindo a exigência de lapso temporal, pontos importantes sobre os quais a análise individual se segue, sob uma perspectiva que destaca a relevância dessas alterações e o quão errônea era a utilização do modelo antigo, considerando as contrariedades e complicações que refletia.

### **3.5 A EXCLUSÃO DO ELEMENTO CULPA NO ROMPIMENTO DAS RELAÇÕES CONJUGAIS**

A busca por uma motivação de ordem íntima ou até mesmo psíquica que pudesse ser atribuída a um só dos consortes era habitual quando se falava em rompimento do casamento, como se o fato isolado violador dos deveres conjugais fosse a causa e não o sintoma do fim, como bem pontuado por Luiz Edson Fachin,

em “Elementos Críticos do Direito de Família” (p. 179).

Cristiano Chaves de Farias, no livro “Redesenhando os contornos da dissolução do casamento – casar e permanecer casado: eis a questão. Temais atuais de Direito e Processo de Família” (p. 204) nos leva ainda mais longe nessa reflexão, demonstrando o porquê de ser um grande equívoco responsabilizar individualmente alguém pela dissolução de um casamento.

Ele fala que não existe uma causa única que compromete a estabilidade afetiva, já que o desgaste do relacionamento não admite perquirições históricas acerca dos fracassos e dramas. Ninguém é culpado pelo fracasso no amor, posto que não se pode esquecer que se trata de uma via de mão dupla, um sonho comum.

A intromissão da culpa nas dissoluções matrimoniais contrariava a dignidade humana e a guerra judicial gerava a perda da intimidade, sacrificando valores de ordem pessoal, que merecem preservação, sobretudo por força de imperativo constitucional.

### **3.6 A EXTINÇÃO DO LAPSO TEMPORAL COMO REQUISITO DO DIVÓRCIO**

A admissão da concessão de divórcio direto para dissolver o casamento afastou a exigência da prévia separação judicial e do requisito temporal de separação fática, sendo a novidade de maior impacto trazida pela Emenda Constitucional em comento.

O divórcio deixou de ser condicionado aos requisitos da prévia separação judicial ou de fato, conseqüentemente facilitando a dissolução do casamento, visto que não há mais qualquer lapso temporal determinado em lei a ser obrigatoriamente respeitado.

Faz-se importante ressaltar que, embora, logo após a publicação da emenda constitucional, haver dúvidas sobre a manutenção da separação no ordenamento brasileiro, entendeu-se que permanece o regramento infraconstitucional da separação judicial, seja por não existir incompatibilidade, por vislumbrar que o casal busca apenas dissolver a sociedade conjugal, sem colocar fim, ao casamento.

Ainda sobre a separação judicial, sua manutenção se deve em respeito aos direitos fundamentais, destacando-se a liberdade, no tocante ao exercício do

direito de regulamentação do estado civil daqueles que têm crença que não aceitam o divórcio.

### **3.7 DA SUPREMACIA DA ORDEM CONSTITUCIONAL**

O Código Civil de 2002, com tudo o que fora exposto e os critérios rebatidos e dispensados pela Emenda Constitucional 66/2010 ainda está em vigência e segue sem ter sofrido alteração, o que pode causar estranhamento pela discordância das normas, já que, como foi visto, as mudanças vieram e estão, também, devidamente positivadas.

Porém, é sabido que nenhuma Lei Ordinária (no que se enquadra o Código Civil) pode se sobrepor frente à Carta Suprema, posto que isso implicaria em uma flagrante inversão da pirâmide Kelseniana, o que não se faz possível, já que é preceito fundamental que todas as leis do nosso ordenamento jurídico se subordinem à Lei Maior e a ela têm que se adequar.

Persistindo, então, a incompatibilidade, deve se remeter ao entendimento do Supremo Tribunal Federal para compreendermos como é possível que, tanto a Constituição Federal, com a Emenda 66/2010, como o Código Civil original de 2002 existem e são legítimos concomitantemente, sem prejuízo para os sujeitos de direito e sem prejudicar a segurança jurídica: a constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as.

É o que diz, também, a doutrina, nas palavras de DIAS (2010, p. 30); “é bom não esquecer que a Constituição Federal ocupa o ápice do ordenamento jurídico. Assim, a alteração superveniente de seu texto enseja a automática revogação da legislação infraconstitucional incompatível.”

Com isso, consideramos tacitamente revogados os artigos 1572 a 1578 do Código Civil, perdendo sentido também a redação do artigo 1571 no que tange à referência feita ao instituto da separação. Não há mais espaço também para o divórcio indireto, pois, com o fim da separação judicial, não há o que ser convertido (art. 1580), como bem dito pelo Ministro Relator Luiz Fux, em sede de Recurso Extraordinário no Supremo Tribunal Federal (STF) no corrente ano.

Ressalte-se que a interpretação das normas infraconstitucionais deve se dar

de acordo com o texto da Carta Suprema e não o inverso. Não é a norma constitucional que se curva, e sim o oposto, em havendo compatibilidade se diz que a norma infraconstitucional foi recepcionada.



#### **4. A SEPARAÇÃO DE FATO E A PERDA DA QUALIDADE DE SUCESSOR**

O presente capítulo discorrerá sobre as consequências decorrentes da separação de fato para o Direito Sucessório, até culminar na perda da qualidade de sucessor do cônjuge sobrevivente, já que, tendo o casamento chegado ao seu fim, assim com a convivência e qualquer elo que ligasse uma pessoa à outra, não se pode considerar justo que uma delas seja beneficiada quando da morte da outra com parte dos bens que têm por função social, após sua morte, prover à sua família – se optaram pela dissolução da que haviam formado.

##### **4.1 O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR NO DIREITO SUCESSÓRIO**

Para o Direito, os Princípios representam o fundamento da norma em essência, ou seja, o refúgio que a fonte onde a norma encontra sustentação para racionalizar a sua legitimação. Funcionam como a base para toda a estrutura de um ordenamento, seja em sentido lato, aplicando-se indistintamente, como quando se tem por referência os princípios constitucionais; seja em sentido estrito, especializando-se, como no caso em questão.

Acontece que o Princípio da Solidariedade Familiar surgiu, sim, em detrimento de um princípio constitucional explícito mais amplo, qual seja o Princípio da Solidariedade Social (artigo 3º, inciso I, da Constituição), sobre o qual LÔBO (2014, p. 05) aduz que: “é o grande marco paradigmático que caracteriza a transformação do Estado liberal e individualista em Estado democrático e social, com suas vicissitudes e desafios, que o conturbado século XX nos legou. É a superação do individualismo jurídico pela função social dos direitos”.

Neste caso, partindo da premissa de que a solidariedade deve se se fazer presente em todo e qualquer relacionamento interpessoal, tem direcionamento específico às relações que envolvam a família, seja parte da mesma com terceiros exteriores à sua formação, seja entre seus integrantes.

Nas palavras de nas palavras de Roberto Senise Lisboa: “são vetores que indicam o dever de cooperação mútua entre os membros da família e entre os parentes, para fins de assistência imaterial (afeto) e material (alimentos, educação, lazer)” (2002, p. 46).

E é justamente quanto a essa assistência material que se faz a conexão entre esse princípio da Família para as Sucessões. Ora, se há o dever de assistência em vida, tanto partindo dos pais para os filhos como em ordem oposta, conforme disposição constitucional (artigos 229 e 230) e mesmo infraconstitucional (artigo 1702 do Código Civil, que refere aos cônjuges separados), como ficariam as necessidades daqueles assistidos quando da morte daquele que provia os meios necessários à vida digna?

A herança, portanto, assume a função social de proporcionar aos sucessores a propriedade do antecessor, de acordo com a afeição real ou presumida existente entre os indivíduos, que, respectivamente, informa a sucessão legítima e testamentária, garantindo à prole conforto e bem-estar.

Ademais, reforça esse fundamento o artigo 1.700 do Código Civil, segundo o qual “a obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor”. Assim, de maneira abrangente, a herança não se funda só no dever de assistência dos entes próximos e necessitados a que a lei impõe esse dever. Tem, também, o escopo de resguardar e perpetuar a família.

Essa visão nos abre os olhos para os próximos tópicos neste capítulo retratados, quais sejam a condição de herdeiro necessário do cônjuge sobrevivente e os reflexos da Emenda Constitucional n.º 66/2010 na capacidade sucessória do cônjuge.

No primeiro ponto chega a ser autoexplicativa a vinculação, já que era no mínimo injusto que o cônjuge, com quem o falecido teria unido esforços ou escolhido dividir seus frutos tivesse posição inferiorizada na divisão de seus bens quando de sua morte. Não há que se falar em destinação exclusiva a ele, por óbvio, mas a equiparação com entes próximos e que dependem ou merecem tomar posse de seus bens era devida e foi concedida nos termos da lei.

No segundo, duas vertentes serão mostradas: a que considera o cônjuge separado de fato ainda digno de ser contemplado como herdeiro como se estivesse em voga o que o Código Civil de 2002 prescreve e a que evidencia o que aqui foi dito sobre solidariedade familiar, já que os separados de fato não constituem mais o mesmo lar ou a mesma família, independente do tempo que se tenha de sua separação, não sendo, portanto, herdeiros como os outros, que podem ter como referência esse princípio.

## 4.2 A CONDIÇÃO DE HERDEIRO NECESSÁRIO DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE

O cônjuge ocupava patamar de desprestígio estando no quarto lugar dentro da ordem vocacional hereditária, preterido até mesmo em relação aos colaterais de até décimo grau. Era, então, muito difícil que este viesse a figurar como herdeiro do falecido, posto que inúmeros parentes estavam à sua frente para se colocar neste lugar.

Fazendo um ligeiro retrospecto da evolução dessa situação no Direito, compreende-se que isso começou a mudar com a Lei 1.839 de 1907, conhecida como Lei Feliciano Pena, que deslocou o cônjuge para o terceiro lugar na ordem vocacional hereditária, o que fora posteriormente confirmado pelo Código Civil de 1916.

O reconhecimento do cônjuge sobrevivente como herdeiro necessário veio com o Código Civil de 2002, sobre o qual se discorreu, no que se refere a Sucessões, em oportunidade anterior, pelo artigo 1.829, I do Código Civil, que estabelece a concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes na sucessão hereditária, enquanto herdeiros necessários, nos seguintes termos:

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; (...). (BRASIL, 2002)

Assim, o cônjuge sobrevivente fora alçado à categoria de herdeiro necessário quando casado no regime da separação convencional de bens, ou, se no regime da comunhão parcial de bens, o autor da herança houver deixado bens particulares.

Isso veio a atender aos anseios da época, com o objetivo de proteger o cônjuge sobrevivente, que poderia ficar desamparado em virtude da modificação do regime de bens supletivo legal, da comunhão universal para a parcial de bens. Além disso, a alteração também teve o intuito de prestigiar as pessoas mais próximas do de cujus, aquelas que com ele mantiveram laços de afetividade e solidariedade e estavam ao seu lado no fim da vida.

Importante consignar que, no regime da comunhão parcial, são considerados bens particulares todos aqueles que pertencem exclusivamente a um dos cônjuges, em razão do seu título aquisitivo. Desta forma, são particulares os bens adquiridos

antes do casamento, ou os recebidos por herança ou doação, ainda que durante a união conjugal.

São também considerados bens particulares os adquiridos com o produto da venda de outros bens particulares. Os demais bens, adquiridos pelos cônjuges durante o tempo em que estiverem juntos, chamados de aquestos, constituem acervo comum.

O tema foi recentemente discutido no Superior Tribunal de Justiça, em julgado de autoria do Ministro Luís Felipe Salomão, que expôs os motivos pelos quais a admissão do cônjuge como herdeiro necessário foi louvável e pode ser considerada um avanço. Segue a ementa:

O objetivo da regra é garantir o sustento do cônjuge supérstite e, em última análise, a sua própria dignidade, já que, em razão do regime de bens, poderia ficar à mercê de toda sorte e azar em virtude do falecimento de seu cônjuge, fato que por si só é uma tragédia pessoal. A concorrência se justifica justamente por esse motivo, e se coaduna com a finalidade protetiva do cônjuge no campo do direito sucessório, almejada pelo legislador, em histórico avanço, devendo-se observar o princípio da vedação ao retrocesso social. (REsp nº 1.329.993/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 17/12/2013, DJe 18/3/2014).

Em suma, deve se entender como a premiação aquele que esteve ao lado do cônjuge falecido, em quota-parte correspondente a ser averiguada pelos critérios correspondentes em momento oportuno, sem esquecer de privilegiar os descendentes do autor da herança.

O artigo 1832 do nosso Código Civil determina também que, no que couber aos descendentes comuns, ficará ao dispor do cônjuge quinhão igual a dos que sucederem por cabeça, não valendo-se de nada menos que a quarta parte da herança. Porém, caso haja descendentes não comuns, ou seja, caso os filhos deixados pelo morto sejam seus e não da pessoa com quem é casado ou tem união, o cônjuge concorre por cabeça sem a garantia da quota mínima de um quarto.

Porém, isso não se faz regra, já que antes de qualquer coisa é importante que se saiba qual é o regime de comunhão de bens que regia o casamento. Isso porque o Direito Sucessório vigente separa os institutos da herança e da meação, não podendo existir ambos na mesma situação jurídica.

Acontece, então, da seguinte forma, quando se trata da comunhão universal de bens (em que, em tese, estaria o cônjuge sobrevivente no direito de reter tanto a

herança, por encontrar-se no rol dos sucessores, como a meação, por toda a metade do patrimônio ser, também, sua): descaracteriza-o enquanto herdeiro necessário e mantém-se sua atribuição de meeiro.

Na comunhão parcial, que é o regime mais adotado, ele concorre com os descendentes fazendo o papel de herdeiro necessário que também lhe cabe, mas somente naquilo que não estiver disposto à meação. E no regime de separação convencional, ele concorre igualitariamente com os descendentes sobre todo o patrimônio.

Não se pode olvidar, entretanto, das exceções, como no caso da separação obrigatória de bens, em que a lei é imperativa quanto a esse regime, quando da ocorrência de uma das hipóteses constantes no artigo 1641 do Código Civil. Nessa situação, o cônjuge perde a capacidade sucessória em sua integralidade.

Por último, deve-se lembrar que desde maio de 2017 o Supremo Tribunal Federal (STF) se posicionou pela equiparação de cônjuge e companheiro para fins de sucessão, declarando inconstitucional o artigo 1790 do Código Civil, que diferenciava os direitos dos indivíduos de cada tipo de união (pelo casamento civil, que atende a todos os trâmites legalmente previstos ou por união estável, que é a admissão da coabitação e da vida conjunta pelo Direito, ainda que não tenha passado pela burocracia necessária para um casamento).

Diante do exposto, não há dúvidas de que a sucessão do cônjuge sobrevivente em concorrência com ascendentes e descendentes representa uma medida de prestígio, antes de qualquer coisa, ao princípio que deve ser observado em primeiro lugar diante do ordenamento jurídico pátrio nacional, por constituir sua base e ser a raiz dos demais direitos individuais por ele garantidos, que é o da dignidade da pessoa humana, pelo papel da defesa da igualdade e proteção do afeto e da família que representa.

Além disso, se adequa a tudo o que fora explanado até aqui, tornando o Direito mais próximo da realidade e mais adequado para a efetivação da justiça social, como desejável em todas as situações.

### 4.3 HIPÓTESES DE SUCESSÃO DO CÔNJUGE NO CÓDIGO CIVIL

Já se sabe que o cônjuge tem direito à sucessão e que, inclusive, assume o papel de herdeiro necessário, mas precisamos, ainda, conhecer as diferentes modalidades de sucessão que este protagoniza, de acordo com alguns critérios importantes a serem avaliados.

A tabela abaixo ilustra essas diferentes formas admitidas, considerando o regime de bens, a relação da herança com a meação, a diferenciação entre os bens particulares e comuns e sua inclusão ou não na parte cabível ao supérstite e o respectivo fundamento legal junto ao Código Civil, levando em conta a equiparação, conforme julgamento do Supremo Tribunal Federal (STF), da união estável com o casamento civil, nos autos do Recurso Especial 878.694-MG.

Tabela 1: Regime de Bens e Sucessão do Cônjuge/Companheiro

REGIME DE BENS	HÁ MEAÇÃO?	O CÔNJUGE/ COMPANHEIRO HERDA BENS PARTICULARES?	O CÔNJUGE/ COMPANHEIRO HERDA BENS COMUNS?	FUNDAMENTO LEGAL
Comunhão parcial de bens	Sim, sobre todos os bens adquiridos onerosamente na constância do casamento/união estável.	Sim, em concurso com os descendentes.	Não, pois já possui meação sobre estes bens.	Art. 1.829, I do CC/02.
Comunhão universal de bens	Sim, sobre todos os bens, exceto os casos do art. 1.668 do CC/02.	Não, pois já possui meação sobre estes bens.	Não, pois já possui meação sobre estes bens.	Art. 1.829, I do CC/02.
Separação convencional (ou total) de bens	Não.	Sim, em concurso com os descendentes.	Não, pois não há bens comuns, todos são particulares.	Art. 1.829, I do CC/02.
Separação obrigatória (ou legal) de bens	Sim, tendo em vista que a Súmula 377 do STF dispõe que "No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento".	Não, por expressa disposição no art. 1.829, I do CC/02.	Não, pois pela Súmula 377 já possui meação sobre estes bens.	Art. 1.829, I do CC/02 e Súmula 377 do STF.
Participação final nos aquestos	Sim, mas somente na dissolução do casamento/união estável, seja por morte ou divórcio, conforme o art. 1.672 do CC/02.	Sim, em concurso com os descendentes.	Não, pois já possui meação sobre estes bens.	Art. 1.829, I do CC/02.

O artigo 1.829 utilizado como referência é o que indica a ordem de sucessão, já anexado neste trabalho. Já a Súmula 377 do STF é específica quanto à comunicação dos bens adquiridos na constância do casamento quando do regime de separação legal de bens, configurando-se como meação.

<sup>1</sup> Disponível em: <<https://advogado1965.jusbrasil.com.br/artigos/588727223/tabela-de-regime-de-bens-e-sucessao-do-conjuge-companheiro>>

#### **4.4 OS REFLEXOS DA EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 66/2010 NA CAPACIDADE SUCESSÓRIA DO CÔNJUGE**

Como já visto anteriormente, antes da Emenda Constitucional n.º 66/2010, o sistema de dissolução do matrimônio era dúplice, já que, para se chegar ao objetivo final do divórcio, o casal precisava, antes disso, ser separado (judicial ou extrajudicialmente), para atender ao requisito objetivo que existia quanto ao transcurso do prazo por lei imposto.

Além disso, extinguiu também a questão da discussão da culpa pelo divórcio, já que não se pode determinar um fato isolado como causador da insustentabilidade de um casamento, já que causas e consequências existem e devem ser subjetivamente consideradas.

Mas para além das implicações dentro do Direito de Família, o Direito Sucessório também recebeu influência com a inovação proposta, já que estas searas encontram-se indissociavelmente conectadas. Vamos, a partir de agora, analisar o que tais mudanças acarretam para a provisão da herança.

Desde antes da Emenda já era de conhecimento de todos que o cônjuge sobrevivente que fosse separado de fato por dois anos ou mais do que isso era desconsiderado sucessor daquele que morreu, tomando como verdade a extinção real dos laços havidos entre eles.

Para PEREIRA (2010), quando, em caráter definitivo, existe o rompimento da relação, não existe motivação que justifique a permanência da vinculação patrimonial entre os cônjuges, que deixaram de ser mesma família. Então, se a função social da herança diz respeito ao provimento da família, os bens, seguindo o mesmo caminho do afeto, não devem mais ser comungados entre estas pessoas.

DIAS (2012, p. 59) ressalta como a determinação de prazo para se considerar o fim do direito sucessório de cônjuge era contraditória, já que o mesmo Código questionava a culpa e perpetuava o direito à herança ainda que o casal já estivesse, na prática, vivendo separado, quando do falecimento de um deles.

Ou seja: mesmo que o cônjuge sobrevivente fosse considerado culpado (tivesse incorrido em comportamento que tornou insustentável a relação) pelo fim do casamento e ainda que isso já tenha tornado a coabitação inexistente e os dois separados de fato por um biênio, o supérstite ainda merecia, de acordo com a lei, ser beneficiado com os bens deixados pelo outro (vide artigo 1830 do Código Civil).

Felizmente, com a Emenda Constitucional n.º 66/2010 isso mudou em e em conformidade com o comentário de DIAS (2012), a máxima em voga é a de que para a perda do direito sucessório não deve levar em consideração qualquer prazo ou discussão de culpa: ela decorre simplesmente da separação de fato em si.

É que, como completa CATEB (2007, p. 277), para ser considerado herdeiro, "o cônjuge deve estar ainda numa situação jurídica em que a contribuição para a construção e manutenção do patrimônio do de cujus seja factível" e, se entre o casal existe uma separação, não há como se falar nessa contribuição.

Mas ainda há um ponto conflitante que levantou polêmica na discussão acerca dos reflexos da Emenda Constitucional n.º 66/2010 na capacidade sucessória do cônjuge.

Acontece que, apesar de tudo o que até aqui fora pontuado enquanto evolução trazida pela nova regra que se descortinou com esta Emenda, sua aplicabilidade, que na teoria não traz qualquer vício, fora comprometida recentemente, em precedente julgado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no ano de 2015, no julgamento do Recurso Especial 1.513 253/SP.

Vejamos:

Cônjuge sobrevivente. Separação de fato há mais de dois anos. Art. 1.830 do CC. Impossibilidade de comunhão de vida sem culpa do sobrevivente. Ônus da prova. 1. A sucessão do cônjuge separado de fato há mais de dois anos é exceção à regra geral, de modo que somente terá direito à sucessão se comprovar, nos termos do art. 1.830 do CC, que a convivência se tornara impossível sem sua culpa. 2. Na espécie, consignou o Tribunal de origem que a prova dos autos é inconclusiva no sentido de demonstrar que a convivência da ré com o ex-marido tornou-se impossível sem que culpa sua houvesse. Não tendo o cônjuge sobrevivente se desincumbido de seu ônus probatório, não ostenta a qualidade de herdeiro. 3. Recurso especial provido (STJ. REsp 1.513.252/SP. 4ª T. Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 03.11.2015, p. 12.11.2015)

A Ministra Relatora, Maria Isabel Gallotti que, em seu voto, fez menção às críticas doutrinárias ao artigo 1830 do Código Civil, optou, contraditoriamente, por adotá-lo em toda sua extensão (ou seja, incluindo-se aquilo que fora revisto pela Emenda Constitucional 66/2010 e que deveria ser desconsiderado para fins de aplicação a casos práticos posteriores à reforma), concluindo, por mera interpretação própria, que "não existe impertinência na discussão da culpa no vigente direito sucessório".

Dando prosseguimento à sua análise do caso, voltou-se para o ônus da prova



(da culpa), que atribuiu ao cônjuge sobrevivente (e não aos demais herdeiros interessados, como seria pelo senso comum), que só teria o direito de suceder o falecido caso comprovasse que a convivência se tornara impossível sem que tivesse concorrido para chegar a esse ponto.

De acordo com esse entendimento, aos outros herdeiros caberia provar que a separação de fato da relação que nutria o falecido já era realidade há mais de dois anos e ao cônjuge sobrevivente o encargo só seria repassado se isso realmente correspondesse com o caso em questão (se já fossem mesmo separados há mais de dois anos), ficando ele responsável por provar que o casamento não havia se desfeito por sua culpa.

O voto foi acompanhado pelos demais ministros do STJ, o que nos possibilita afirmar que a 4ª Turma adotou o entendimento de que, não só é pertinente a discussão da culpa no direito sucessório, mas também que o ônus da prova deve ser distribuído dessa forma.

O posicionamento suscitado representa um verdadeiro retrocesso. Paraphraseando Paulo Lôbo: "o uso da justiça para punir o outro cônjuge, máxime quando já falecido, não atende aos fins sociais nem ao bem comum" (LÔBO, 2014, p. 124).

Dentre as muitas críticas doutrinárias acerca dessa questão, eis as que têm fundamentos mais pertinentes e maior respaldo perante os civilistas e impacto perante a discussão:

Rolf Madaleno aponta a existência de uma "culpa mortuária", ressaltando a dificuldade de produção da prova após o falecimento de um dos cônjuges, que poderá gerar longas e desgastantes discussões processuais sem necessidade.

Paulo Lôbo fala na imputação da culpa do falecido pela separação de fato viola os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, impedindo que o falecido possa contraditar a acusação de culpa.

Já Francisco José Cahali demonstra a desarmonia da exigência do prazo mínimo de dois anos em relação às demais normas do próprio Código Civil, como a que permite a caracterização da união estável mesmo se um dos companheiros seja casado, desde que separado de fato, sem nenhuma referência a prazo (art. 1.723, § 1º, do CC).

Em síntese, pode se dizer que não se deu a devida observância ao entendimento que prevaleceu desde o Direito de Família e devia ter sido observado

pelo Direito Sucessório e preservado pelas decisões judiciais que com ele tivesse relação, qual seja o extrato da Emenda n.º 66/2010, que pugna pela extinção da discussão sobre culpa e da necessidade do lapso temporal anterior de separação de corpos para a concessão do divórcio.

Quanto ao patrimônio, assim como ao matrimônio, essa discussão não deveria mais ser aberta, muito menos em sede de Tribunais Superiores, que podem trazer repercussão jurisprudencial que remeta à insegurança jurídica, já que a interpretação está confrontando a norma mais recente e Constitucional, que deve se sobrepor a todas as outras, incluindo-se, até mesmo, o Código Civil, de onde se extraiu o fundamento utilizado para justificar a posição tomada pela relatora, na decisão unânime do STJ.

Sobre a incontestável evolução que a Emenda trouxe para esta seara, é necessário que se firme a ideia de que o relacionamento vivo somente no papel não deve gozar de proteção sucessória e nem se deve discutir culpa para separação, muito menos quando uma das partes já não está mais viva. Do contrário, ao morto se deve a proteção de seus direitos.

A jurisprudência, que nada mais é do que a interpretação dos casos concretos que chegam ao Judiciário, precisa repensar qual é a melhor forma de aplicar o artigo 1.830 do Código Civil, especialmente no que diz respeito aos efeitos da separação de fato e à perquirição da culpa (especialmente a mortuária), posto que já não são mais admitidos conforme a literalidade do que nele se escreve.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo o que fora exposto, percebeu-se, em primeiro lugar, o quão relevante é o estudo do Direito Sucessório, a função social da herança e o papel, para além do beneficiamento material, que desempenha para a família e individualmente a cada ente, quando do falecimento de parte de um dos seus.

Além disso, fora citada a preocupação exacerbada com um instituto em desuso pela própria cultura brasileira, que é a sucessão testamentária, quando a sucessão legítima, que do contrário, é corriqueira, e representa quase que integralmente a nossa realidade, é tratada, no Código Civil, sem a devida atenção. A não observância à legislação mais atualizada e de nível hierárquico superior, por se tratar de norma constitucional, ensejando confusão entre o que prescreve uma e o que está disposto em outra é prova disso, já que a Emenda Constitucional 66/2010, que trata do divórcio, implica diretamente na capacidade sucessória dos cônjuges e companheiros.

A conclusão a se pode chegar, a partir desse estudo, foi que, no que tange aos separados de fato, estes não devem ter direito à herança do falecido, pois não fazem jus à utilização do critério do uso do princípio da solidariedade familiar, já que não constituem mais a mesma família.

Ademais, continuar fazendo menção direta ao Código Civil de 2002, apesar de ainda estar vigente, não pode se considerar o posicionamento mais correto, tendo em vista que a Constituição Federal, que é a Lei Maior do país, acatou a inovação legislativa na forma de Emenda Constitucional que põe em cheque o que aquela determinava, culminando, por óbvio, em sua revogação tácita.

As mudanças trazidas pela Emenda Constitucional n.º 66/2010 quanto à discussão da culpa e a extinção da obrigatoriedade do lapso temporal para se pedir o divórcio foram conclusivas e acarretaram na quase que óbvia impossibilidade de se atribuir a culpa a alguém que não está mais vivo para poder se defender (o que burlaria a obrigatoriedade de se haver contraditório e ampla defesa) e do devido reconhecimento do intervalo de dois anos iniciais da separação de fato como separação, de toda forma.

Por tudo, depreendeu-se que a capacidade sucessória do cônjuge separado de fato restou comprometida, ainda que haja opiniões divergentes (até mesmo em sede de Superior Tribunal de Justiça, em voto da Relatora Maria Isabel Gallotti em

Recurso Especial), pelos argumentos expostos e o entendimento sólido construído a partir dos mesmos deve predominar, para evitar a insegurança jurídica em julgamentos e decisões futuras.

## 6. REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2019;

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2005;

BRASIL. **Código Civil de 1916**. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-3071-1-janeiro-1916-397989-norma-pl.html>>. Acesso em: 15 de julho de 2019;

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. promulgada em 5 de outubro de 1988. In: *Vade Mecum JusPodivm: 2018 / Salvador: JusPodivm, 3ª ed., 2018;*

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça: **Recurso Especial 1.513.252/SP**. 4ª T. Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 03.11.2015, publicado em 12.11.2015. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/1/art20160112-03.pdf>. Acesso em 1 de setembro de 2019;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal: **Recurso Especial nº 1.329.993/RS**. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 17/12/2013, DJe 18/3/2014. Disponível em <http://www.arpensp.org.br/?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=MjUwNjk=>. Acesso em 20 de agosto de 2019;

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo: **Agravo de instrumento n. 652.505.4/0, Acórdão n. 4068323**, São Paulo, Quinta Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Roberto Nussinkis Mac Cracken, julgado em 09/09/2009, DJESP 05/10/2009. Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/375005686/agravo-de-instrumento-ai-517660520148190000-rio-de-janeiro-jacarepagua-regional-1-vara-civil/inteiro-teor-375005691?ref=juris-tabs>. Acesso em 20 de agosto de 2019;

CATEB, Salomão de Araújo. **Direito das Sucessões, 4ª ed.** São Paulo: Atlas, 2007;

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias, 6ª ed.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010;

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias, 8ª ed.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012;

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado, 15ª ed.** São Paulo: Saraiva, 2010;

FACHIN, Luís Edson. **Elementos Críticos do Direito de Família**. São Paulo: Renovar, 1999;

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Redesenhando os contornos da dissolução do casamento (Casar e permanecer casado: eis a questão)**. Disponível em <http://www.revistajustitia.com.br/artigos/21zwac.pdf>. Acesso em: 24 de agosto de 2019;

GALIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil, volume 7: Direito das Sucessões, 6. ed.** São Paulo: Saraiva, 2019;

GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 7: Direito das Sucessões, 11ª ed.** São Paulo: Saraiva, 2017;

IBDFAM – Instituto Brasileiro do Direito de Família. **A trajetória do divórcio no Brasil: A consolidação do Estado Democrático de Direito**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/namidia/2989/A+trajet%C3%B3ria+do+div%C3%B3rcio+n>. Acesso em: 3 de setembro de 2019;

LISBOA, Roberto Senise. **Manual Elementar do Direito Civil, vol. 5**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002;

LOBO, Paulo. **Direito Civil: Sucessões, 3ª ed.** São Paulo : Saraiva, 2014;

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado: Parte Especial (Tomo 55)**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972;

PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. **Instituições de Direito Civil, vol. 5, Direito de Família**. São Paulo: Forense, 2010;

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil - Direito Das Sucessões, vol. 6, 5ª ed.** São Paulo: Forense, 2014;

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil - Direito Das Sucessões, vol. 6, 10ª ed.** São Paulo: Forense, 2017;

TARTUCE, Flávio. **Da sucessão do companheiro. O polêmico art. 1.790 do código civil e suas controvérsias principais**. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121820016/da-sucessao-do-companheiro-o-polemico-art-1790-do-codigo-civil-e-suas-controversias-principais>. Acesso em 1 de setembro de 2019.