

O DIREITO SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE SEPARADO DE FATO

Valéria Edith Carvalho de Oliveira¹

Sumário: 1 Introdução. 2 O direito sucessório do cônjuge separado de fato. 3. O direito sucessório do cônjuge separado de fato diante do estabelecimento de união estável no período da separação fática. 4 Conclusão. 5 Referências

Resumo: Com a inclusão do cônjuge na classe dos herdeiros a partir da entrada em vigor do Código Civil de 2002, vários questionamentos surgiram. Um deles é sobre o direito sucessório do cônjuge separado de fato, diante sobretudo, do estabelecimento de uma união estável durante a separação fática. É sobre este debate que se constrói o presente artigo no intuito de fomentar idéias e discussões sobre tão instigante tema.

Palavras-chave: sucessão; cônjuge; separação de fato; casamento.

Área: Direito Civil. Direito de Família. Direito das Sucessões.

1 – INTRODUÇÃO

O Código Civil de 2002 apresentou consideráveis mudanças na parte relativa ao direito sucessório. O escopo deste trabalho é debater a sucessão do cônjuge separado de fato.

No Código Civil Brasileiro de 1916 a separação fática não influenciava no direito sucessório do cônjuge sobrevivente. Ainda que este vivesse em concubinato, isto não teria influência alguma no aspecto em comento. Assim, ainda que por longo tempo perdurasse a separação de fato do casal e sobrevivendo a morte de um deles, o cônjuge supérstite seria herdeiro, diante da inexistência de descendentes e ascendentes.

Com o advento do Código Civil de 2002 esta matéria recebeu novo tratamento tornando-se relevante para a comunidade jurídica e a sociedade o debate.

¹ Advogada. Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito empresarial pelo Centro Universitário Newton Paiva. Professora de Prática Civil e Direito de família no Centro Universitário Newton Paiva

No presente trabalho serão debatidas especificamente as conseqüências na seara do Direito das sucessões, para o cônjuge que se encontra separado de fato, a partir do tratamento legislativo dado à questão.

Será abordado ainda o estudo da questão do direito sucessório do cônjuge sobrevivente quando o *de cujus* tenha estabelecido durante o período da separação fática união estável.

2 - O DIREITO SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE SEPARADO DE FATO

Para se estabelecer como se dará a sucessão daquele que falece é imprescindível observar a ordem de vocação hereditária estabelecida na Lei². Para isto o primeiro passo é identificar o estado civil do autor da herança. Caso seja separado de fato e atendidos os pressupostos legais ele será incluído no rol dos herdeiros, concorrendo com descendentes ou ascendentes, e no caso da inexistência destas classes receberá a herança com exclusividade.

A separação judicial exclui o ex-cônjuge da ordem de vocação hereditária, assim ao cônjuge separado judicialmente não é assegurado nenhum direito sucessório, entretanto, estando o casal separado de fato, a legislação pátria resguarda o direito sucessório do sobrevivente. É o que estabelece o disposto no artigo 1.830 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 1830. Somente é reconhecido o direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem

² O artigo 1829 do Código Civil estabelece a ordem de vocação hereditária nos seguintes termos:
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. 1640, 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.

separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.

Conforme se observa, o aludido artigo mantém o direito sucessório mesmo após a separação de fato do casal por dois anos, sendo certo que, prolonga-se esse direito para mais de dois anos, não sendo o cônjuge sobrevivente culpado pela separação.

Da leitura deste artigo, quatro hipóteses apresentam-se como possíveis:

I – o defunto foi o culpado pela separação de fato;

II – o sobrevivente foi o culpado pela separação de fato;

III - Ambos foram culpados pela separação de fato;

IV – não houve culpa de quem quer que seja pela separação de fato.

Ora, a interpretação do art. 1.830 só pode significar que, se a culpa por tal impossibilidade foi exclusiva do morto (I), ou se não houve culpa de ninguém (IV), tendo havido, neste caso, mero acordo (tácito ou expresso) no sentido de uma separação fática, sem imputação de culpa da parte de quem quer que seja, o cônjuge sobrevivente, mesmo que separado de fato, participará da sucessão, concorrendo nas duas primeiras ordens de vocação hereditária e amealhando a totalidade do acervo se a vocação chegar até a terceira ordem sucessória. (HIRONAKA, 2007, p.101)

Torna-se então relevante para a análise do direito sucessório a apuração da culpa pela separação do casal. Se o cônjuge sobrevivente não tiver culpa, terá direito à herança ainda que separados de fato há mais de dois anos.

Havendo litígio no inventário, litígio este que verse sobre a culpa do cônjuge supérstite, a apuração deverá ser feita em autos apartados conforme preleciona Venosa (2007):

Essa legitimidade do cônjuge, quando depender de prova de situações de fato, culpa pela separação do casal, por exemplo, não poderá ser decidida no bojo do inventário, pois será de alta indagação. A questão deve ser versada em ação autônoma, paralisando-se o inventário. (VENOSA, 2007, p.125)

Não se pode olvidar que o direito a meação será resguardado, todavia, só alcança os bens que foram adquiridos enquanto mantiveram-se casados efetivamente.

3 - O DIREITO SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE SEPARADO DE FATO DIANTE DO ESTABELECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL NO PERÍODO DA SEPARAÇÃO FÁTICA.

Motivações econômicas, sociais e ideológicas têm favorecido sobremaneira o aumento do número de uniões informais no Brasil. Não raras vezes estas uniões ocorrem com um, ou ambos os conviventes ainda casados, formalmente, mas separados de fato.

Rolf Madaleno, citando Virgílio de Sá Pereira apresenta interessante metáfora sobre a formação das famílias:

É clássica e emblemática a abordagem de Virgílio de Sá Pereira para definir a fática entidade familiar, quando disse não ser obra do legislador a formação da família, tal qual o jardineiro não cria a primavera, porque soberana é a vida e não o legislador. (...) “a família é um fato natural, o casamento é uma convenção social. A convenção social é estreita para o fato, e este então se produz fora da convenção. O homem quer obedecer ao legislador, mas não pode desobedecer à natureza, e por toda parte ele constitui a família, dentro da lei se é possível, fora da lei se é necessário”. (MADALENO, 2008, p.764)

Entretanto, não há como negar que as conseqüências desta situação em que coexiste um casamento convencional, ainda que formalmente, e uma união informal, sejam expectativas das partes envolvidas, que, conflitantes, terminam às portas do judiciário.

O legislador ao tratar da sucessão do cônjuge separado de fato foi omissos a respeito de questões relevantes que permeiam o tema. Uma delas é o direito sucessório do cônjuge separado de fato diante do estabelecimento de união estável no período da separação fática.

Venosa (2007), profetizando sobre os problemas decorrentes desta omissão legislativa, critica o texto legal.

(...) já se pode prever que muito de digladiarão descendentes e cônjuge sobrevivente; cônjuge separado de fato e companheiro de união estável para se atingir a declaração judicial de exclusão ou admissão de herdeiro. Por tudo isso a redação do dispositivo não agrada e certamente os rumos da jurisprudência e da doutrina futura acenarão com novas diretrizes. (VENOSA, 2007, p.125).

Este artigo deixa transparecer que no caso do cônjuge separado de fato falecer, se tiver constituído união estável neste período as duas, esposa e companheira, serão concorrentes na herança do falecido, pois a esta assegura tal direito o dispositivo constante do artigo 1.790 do Código Civil³.

Em que pese o conflito o direito assegura a ambas o direito sucessório, sobretudo porque reconhece a união estável, sendo o companheiro separado apenas de fato.

A doutrina tem se posicionado no sentido de que a participação da companheira será restrita à parte da herança adquirida durante a união estável e a participação do cônjuge será restrita à parte dos bens adquiridos durante o casamento. Entretanto a discussão demonstra não ter se esgotado, nem no campo doutrinário e nem no jurisprudencial.

³ Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

3 – CONCLUSÃO

O legislador restringiu os direitos sucessórios do cônjuge separado de fato uma vez que o código anteriormente vigente só excluía da herança o cônjuge separado judicialmente. Então, a separação fática não representava óbice algum para o cônjuge herdar.

O novo tratamento dado à matéria trouxe algumas dúvidas, não esclarecidas pelo ordenamento jurídico. Uma delas é sobre a possível concorrência do cônjuge separado de fato e do companheiro.

A resposta ainda não é pacífica, mas a doutrina tem se posicionado pela distinção da parcela patrimonial da qual cada um participaria, sendo o cônjuge herdeiro dos bens adquirido no casamento e a companheira herdeira dos bens adquiridos na união estável. Não se olvide da obrigação da companheira de comprovar a existência da união, bem como a obrigação do cônjuge comprovar o lapso temporal da separação de fato e a inexistência de culpa por sua parte, pela separação.

4 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; CAMBLER, Everaldo Augusto (Coord.). *Curso avançado de direito civil. volume 6: direito das sucessões*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CATEB, Salomão de Araújo. *Direito das sucessões*. 2.ed.rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Liv. Del Rey Editora, 2000.

DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: Editora RT, 2008.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. São Paulo: Editora RT, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro. volume 6: direito das sucessões*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

LUNARDI, Fabrício Castagna. A concorrência do cônjuge com os descendentes na sucessão legítima: em busca da melhor interpretação. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v.8, n.39, p.17-30, dez./jan. 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro – Direito das Sucessões*. Vol. VII. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro – Direito de Família*, Vol. VI, Editora Saraiva: São Paulo, 2007.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coordenadores). *Direito das Sucessões*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007.

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito de família*. Vol.II. São Paulo: Max Limonad, 1947.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *Direito de herança: a nova ordem da sucessão*. São Paulo: Saraiva, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil – Direito das Sucessões*. Vol. VI. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

RODRIGUES, Sílvio; VELOSO, Zeno. *Direito civil: direito das sucessões*. Vol. 7. 26. ed. rev. e atual. por Zeno Veloso. São Paulo: Saraiva, 2003.

SAMPAIO, Pedro. *Alterações constitucionais nos direitos de família e sucessões*. 3a ed., rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

SCAFF, Fernando Campos; DUARTE, Anna Luiza. Considerações acerca da inclusão do cônjuge sobrevivente como herdeiro necessário, em concorrência com descendentes e ascendentes do autor da herança. *Revista IOB de Direito de Família*. Porto Alegre, v.9, n.51, p.145-154, dez./jan. 2008/2009.

VELOSO, Zeno. Sucessão do cônjuge no novo código civil. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, v.5, n.17, p.142-148, abr./maio 2003.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil – Direito das Sucessões*. Vol. VII. São Paulo: Editora Atlas, 2008.