

A CULPA MORTUÁRIA: UMA TENTATIVA DE INTERPRETAÇÃO PARA O RETROCESSO DO ART. 1830 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

THE MORTUARY GUILT: A TRY OF INTERPRETATION FOR THE REGRESSION OF THE ART. 1830 FOR THE BRAZILIAN CIVIL CODE

Débora Fernandes Pessoa Madeira¹

¹ Mestre em Direito Privado pela PUC-Minas. Especialista em Direito civil e Processual Civil pela Universidade Presidente Antônio Carlos. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Viçosa. Professora do Departamento de Direito da Universidade Federal de Viçosa. E-mail: deboramadeira@ufv.br

RESUMO: Com o advento da Constituição da República de 1988, instituiu-se, no Brasil, o Estado Democrático de Direito. A CR/88 disciplina novos preceitos sobre a família e estabelece como fundamento a Dignidade da Pessoa Humana. Em que pese esta nova realidade legislativa e estatal, o legislador de 2002, no que se refere à dissolução do casamento, no direito de família, manteve a necessidade de discussão de culpa, assunto que vem sendo aos poucos superado pela jurisprudência. Há uma tendência de desconsideração da culpa na separação judicial. No entanto, no art. 1830 do CC/02, o legislador inovou: foi trazida uma presunção de culpa em desfavor do falecido, quando o cônjuge falecido estava separado de fato há mais de dois anos, hipótese em que o cônjuge sobrevivente torna-se herdeiro. Buscou-se, neste artigo, aclarar as razões do retrocesso de se ter trazido a culpa mortuária para o Direito Civil e, por fim, concluiu-se pela necessidade de uma interpretação compatível com o atual contexto legislativo.

PALAVRAS-CHAVE: Família, Culpa mortuária, art. 1830 do Código Civil.

ABSTRACT: With the advent of the Republic Constitution of 1988, it was instituted the Law Democratic State in Brazil. The RC/88 disciplines new precepts about the family and sets as fundamental the Human Being's Dignity. Concerning this new legislative and state reality, the legislator of 2002, referring to dissolution of marriage, in the rights to family, keeps the need for guilt discussion, a matter that has been overcome by the jurisprudence. There is a trend for guilt disregard in the judicial separation. However, in the art. 1830 of the CC/02, the legislator innovated: it was brought a guilt presumption against of the deceased, when the dead spouse has separated for more than two years, hypothesis in which the survivor spouse becomes

the heir. The aim of this paper was clearing up why the regression brought the mortuary guilt for the Civil Law, and, finally, it is necessary a compatible interpretation with the recent legislative context.

KEYWORDS: Family, mortuary guilt, art. 1830 of the Civil Code.

1. INTRODUÇÃO

O direito é, nos clássicos dizeres de Miguel Reale, um fato social, uma vez que regulamenta a vida em sociedade, visando à harmonia social. Sendo assim, a alteração e a evolução são capazes de alterar as regras jurídicas, sob pena de haver uma discrepância entre Direito e realidade social.

No que se refere ao Direito de Família, este sofre mutações constantes, visto a grande alteração da sociedade nas formas de se constituir família, além da maneira de ver o é família.

No Direito Brasileiro, a família, antes vista como patriarcal e instituída exclusivamente por meio do casamento, era tratada como indissolúvel uma vez que a sua destruição poderia ocasionar um desequilíbrio social.

Todavia, a sociedade mudou, novas formas de constituir família foram surgindo socialmente e, por consequência, a CR/88 também alargou as hipóteses de família, retirando a exclusividade do casamento.

Com as alterações, é necessário o estudo do elemento culpa no direito de família que se na família patriarcal fazia algum sentido discuti-la quando do fim da vida conjugal, nos dias atuais não faz mais sentido.

A família atualmente é um meio de livre desenvolvimento da dignidade dos seus membros, onde pode existir afeto e onde existe, principalmente,

liberdade dos membros de ficarem ou não agregados, ligados entre si. Desta maneira, o fim da relação familiar fundada no matrimônio tende a terminar sem haver mais a discussão de culpa.

Esta é uma tendência interpretativa dos tribunais e da doutrina: a eliminação da discussão de culpa quando da dissolução da sociedade conjugal.

Em que pese esta tendência, que já vinha se firmando desde a década de 70, o legislador do Código Civil de 2002, o qual teve a oportunidade de adequar as regras de direito de família com a realidade social, repetiu e asseverou a regra da discussão de culpa na separação. E, como se não bastasse, ele também trouxe à baila uma nova modalidade de culpa: a culpa mortuária.

No art. 1830 do CC/02, o legislador trouxe um requisito para que cônjuge sobrevivente seja sucessor da herança do cônjuge falecido: eles não podem, ao tempo da morte, estar separados judicialmente ou separados de fato há mais de dois anos. Nesta hipótese, o cônjuge sobrevivente somente não herdará se restar provada a sua culpa pela separação de fato.

Diante de tamanha incongruência entre o momento social em que se vive, o Estado Democrático de Direito instaurado com a CR/88 e a regra trazida pelo CC/02, faz-se necessário o estudo da culpa mortuária, na busca de uma interpretação que seja menos prejudicial às partes envolvidas na sucessão.

2. BREVES APONTAMENTOS HISTÓRICOS DA FAMÍLIA

Os autores atuais¹ que escrevem e ensinam o Direito de Família brasi-

¹ Vide GONÇALVES, 2005; DIAS; PEREIRA, 2001; CAHALI, 2003; LÔBO, 2009; RODRIGUES, 2003.

leiro apontam que a família teria, ao menos no Brasil, originado-se de uma estrutura monogâmica, a partir da instituição casamento. Todavia, tanto a palavra quanto a própria estrutura da família e a forma de sua regulamentação têm sofrido alterações constantes ao longo da história.

A palavra família, no Direito Romano, designava patrimônio ou entes familiares. Segundo Pontes de Miranda (1947, P. 50 e 51) “se usava em relação às coisas, para designar o conjunto do patrimônio, ora a totalidade dos escravos pertencentes a um senhor. (...) Esta palavra família, em um sentido especial, compreende o pai, a mãe e os filhos; e tomada num sentido geral, compreende todos os parentes”.

Neste contexto do direito romano, a família era do tipo patriarcal e o *pater familias* detinha poderes de vida e morte, emancipação e repúdio em relação aos filhos, mulher e parentes.

Noutro contexto, agora em relação ao Direito Brasileiro, a Constituição da República de 1946 trazia em seu bojo a família-casamento e a indissolubilidade dela. Neste contexto, a família era vista e tratada como sendo uma instituição social, ou seja, a família (somente advinda do casamento) merecia proteção do Estado e a sua dissolução era o mesmo que um desequilíbrio social. A manutenção da união familiar por meio do casamento era considerado requisito de paz social.

Ocorre que, sendo um Direito um fato social, ele deve alterar conforme o meio que ele pretende reger. A sociedade, desta maneira, mudou e, conseqüentemente, o direito acompanhou esta evolução, de forma paulatina, com alterações na ideia que se tem de família.

No Código Civil de 1916 a família, ainda tratada como instituição social e fundada no casamento não poderia ser dissolvida por completo, mas havia a figura do desquite. Ora, qual o motivo da permissão do desquite, que nada mais era que uma separação do casal, e a manutenção da indissolubi-

lidade do casamento? Ao que parece, tudo remonta do Direito Canônico.

Este, a princípio, não permitia o desfazimento da “aliança que se fez perante Deus”, entretanto nos casos de intolerância da vida em comum, por motivos ditos graves, a separação de corpos era permitida. Ora, quase que como uma satisfação às instituições religiosas e mais especificamente à Igreja Católica (visto que o Brasil é predominantemente católico), o legislador brasileiro criou a figura do desquite que, como no Direito Canônico, seria uma separação de corpos por motivos graves sem dissolução do vínculo matrimonial.

Mais tarde, a partir da década de 70, reivindicava-se a inutilidade da intervenção do Estado na separação dos casais; foi quando foi promulgada a lei do Divórcio (Lei 6515/77), que inseriu a ideia de separação-sanção (com discussão de culpa) e a dúplice idéia de separação e divórcio.

No contexto de 1977, a família ainda era vista como instituição social e, portanto, pelo temor social da degeneração com o rompimento da família, justificava-se a discussão de culpa no término da família e a duplicidade separação-divórcio. Aliás, pode-se pensar, inclusive, que a discussão de culpa seria mais uma satisfação às instituições religiosas de que o Direito estaria contrariando as ordenações divinas.

Posteriormente, tivemos o estabelecimento, pela Constituição da República de 1988, do atual Estado Democrático de Direito. Esta carta magna extinguiu a ideia de casamento como sendo a única forma de constituição de família, em seu art. 226. O fato é que no contexto do estado democrático não cabe mais a ideia de imposição estatal de uma única forma de constituição de família, pelo Princípio da democracia, o estado se realiza com a participação do povo. É o que menciona Ana Lúcia Ribeiro:

Estado Democrático de Direito, que garante a efetiva participação do povo na produção, aplicação e recons-

trução do ordenamento jurídico pela processualidade, razão pela qual o exercício da jurisdição, bem como das funções legislativa e administrativa, devem necessariamente vincular-se às determinações traçadas por esta diretriz principiológica. Fala-se, pois, no princípio da vinculação ao Estado Democrático de Direito, que decorre da própria sistemática estabelecida pela Constituição Federal em vigor, determinante de uma normatividade embasada pela reunião entre o princípio do Estado de Direito e o princípio da democracia.

(...)

O enfeixamento desses princípios traça o contorno do Estado Democrático de Direito, reunindo as características essenciais tanto do Estado de Direito, como do Estado Democrático, estabelecendo uma nova estrutura estatal que se pauta não apenas pelo cumprimento do princípio da legalidade (Estado de Direito), mas também pela necessária intervenção popular sobre a construção e testificação do ato decisório, por meio do princípio do devido processo constitucional, garantidor do discurso no espaço procedimentalizado (Estado Democrático). (RIBEIRO, 2009)

Assim, a partir da Constituição de 1988, o que se busca, em relação ao Direito de Família e ao conceito de família, é uma interpretação integrada a esta nova constituição estatal, busca-se interpretar este ramo do direito à luz dos novos princípios constitucionais. Muitos autores, nesta linha de raciocínio e tendo em vista o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, associam a família a uma realidade necessariamente afetiva.

Em que pese o fato de neste artigo não se concordar com a existência de um Princípio da Afetividade, família, no contexto atual, seria um espaço aberto para livre dignificação dos entes que compõem o núcleo familiar, independente da sua forma de constituição – pelo casamento, união estável, união homoafetiva, entre outras formas – e, ainda que desejável, independente da afetividade.

Neste sentido, tem-se que, atualmente conceitua-se família:

A família como formação social, como sociedade natural, é garantida pela Constituição não como portadora de um interesse superior e superindividual, mas, sim, em função da realidade das exigências humanas, como lugar onde se desenvolve a pessoa. (PERLINGIERE, 2002, p. 243)

A família deixou de ser objeto de uma proteção autônoma, tendo como protegido o indivíduo (JUNIOR, 2007, p. 182).

Desta maneira, o atual conceito de família, onde se insere o novo Direito de Família – que, aliás, está em constante mutação – principalmente após a entrada em vigor do CC/02, refere-se a um livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade dos entes da família, com a intervenção do Estado somente quando se fizer necessário e prezando sempre pela manutenção das garantias constitucionais à intimidade e privacidade.

Neste sentido, a doutrina esclarece:

(...)a intervenção do Estado deve apenas e tão-somente ter o condão de tutelar a família e dar-lhes garantias, inclusive de ampla manifestação de vontade e de que seus membros vivam em condições propícias à manutenção do núcleo afetivo.(PEREIRA, 2006, p. 157).

Portanto, os entes familiares, no contexto do Estado Democrático de Direito, devem ter a sua autonomia respeitada e, portanto, devem poder escolher a forma de constituição da família em que pretendem inserir.

3. A CULPA E O SEU SURGIMENTO NO DIREITO DE FAMÍLIA

Rolf Madaleno, em artigo sobre o presente tema, afirma que há quem entenda que a discussão de culpa remonta do Direito Canônico:

(...)o exame da culpa conjugal encontra sua origem no direito canônico, de um tempo de prevalência do direito cogente que dominava toda matéria matrimonial, sendo desígnio do legislador que nada ficasse à livre vontade das partes. Entretanto, o direito canônico perdeu boa parcela de sua ingerência na evolução dos textos, e dos costumes sociais, embora o exame da culpa carregue uma boa dose de vingança daquele cônjuge que perdeu a companhia do seu parceiro nupcial. (MADALENO)

O argumento, ao menos no Brasil, é muito contundente. O direito canônico aborda a família como uma instituição advinda do casamento indissolúvel entre homem e mulher, entretanto, em raras exceções como adultério, doença, entre outras hipóteses, admite-se a anulação ou a separação de corpos, esta, quando provada a culpa.

No Brasil, o Código Civil antigo trazia o casamento como sendo a única forma de constituição de família, nos moldes do direito canônico e ele era previsto como indissolúvel.

Certo é que era permitido o desquite, mas este instituto, além de não desfazer o vínculo conjugal e tão somente permitir a separação de corpos, era tratado como exceção. Aliás, o próprio significado da palavra – em débito com a sociedade – demonstra o temor da época pela degeneração social.

Na década de 70, quando da promulgação da Lei do Divórcio, deu-se, na legislação brasileira, a possibilidade de desconstituição do vínculo conjugal, pelo divórcio, entretanto, com a discussão de culpa.

Neste contexto, é importante ressaltar que a família ainda era considerada instituição social, que o casamento ainda era a única forma – jurídica -, de se constituir família. Ocorre que, como acima foi mencionado, a CR/88 instaurou o Estado Democrático de Direito e trouxe novas formas de se constituir família, o que teve por consequência uma reformulação do conceito e do próprio Direito de Família.

Neste contexto, no qual ainda estamos inseridos, não é mais plausível a discussão de culpa. A discussão de culpa faz ocorrer a violação das garantias constitucionais à privacidade e à intimidade, atenta contra a dignidade humana e extrapola os limites de intervenção do Estado nas relações privadas: trata-se de um descompasso, um retrocesso.

Assim entende a doutrina:

O processo judicial invasivo da privacidade pode contribuir para o acirramento das diferenças, colocando as partes como contentores de uma disputa, segundo o código binário de tudo ou nada, de certo ou errado, de inocente ou culpado.

Não obstante ao Estado Democrático em que estamos inseridos, o legislador do Código Civil de 2002 retomou a discussão de culpa no Direito de Família, o que por si só, já representa um retrocesso.

Neste sentido, a doutrina explica:

A busca por um culpado e um inocente pelo fim do matrimônio teve sua pertinência na concepção patriarcal da família, quando o casamento era indissolúvel e o marido era o chefe da sociedade conjugal. Nesta ótica, sendo a família uma instituição, merecedora de tutela pelo simples fato de ter sido constituída através do matrimônio, a própria dissolução matrimonial já era um fato danoso por si só. (NEVARES, 2004, p. 158)

No Código de 2002, em seus artigos 1572 e 1573, foram trazidas hipóteses criteriosas de demonstração e prova de culpa quando da dissolução da sociedade conjugal, hipóteses que tendem não ser mais discutidas judicialmente, tendo em vista o enfraquecimento das consequências desta discussão.

A guarda dos filhos menores, que pela discussão de culpa, ficaria com o Cônjuge inocente, não mais se determina em razão de culpa ou não pelo término da sociedade conjugal, mas em função do Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Quanto ao nome, a inserção do nome do outro cônjuge é uma faculdade de ambos a partir do código de 2002 e, desta maneira, uma vez acrescentado o sobrenome, esta partícula se insere definitivamente no nome do outro cônjuge, passando a integrar a sua personalidade. Sendo assim, a tendência é que os tribunais optem pelo entendimento de que, mesmo sendo cônjuge considerado culpado, ele não pode ser forçado a retirar o nome inserido.

Por fim, quanto aos alimentos, os tribunais também devem se tender ao entendimento de que eles são medidos pelo binômio necessidade / possibilidade, que não será diferente quando o cônjuge alimentante for ou não considerado culpado pela dissolução.

Sendo assim, mesmo tendo o legislador insistido na idéia de culpa, já é uma tendência a eliminação desta discussão, paulatinamente, dos processos de dissolução da sociedade conjugal.

4. A CULPA MORTUÁRIA

Como já mencionado, o legislador de 2002 insistiu na discussão de culpa quando da dissolução da sociedade conjugal e, além de ter perdido a oportunidade legislativa de banir esta discussão, ele a levou a expansivas linhas, chegando ao Direito das Sucessões.

No art. 1830 do CC, o legislador inaugurou mais uma forma de discussão de culpa:

Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.

O artigo traz um requisito para sucessão entre os cônjuges. Se um dos cônjuges falece e para que o cônjuge sobrevivente se torne herdeiro, não pode ter havido separação judicial – sentença transitada em julgado da separação – e nem pode ter ocorrido a separação de fato há mais de dois anos. Seria melhor que o legislador tivesse parado sua redação neste ponto, visto que seria justo a não ocorrência da sucessão nestas duas hipóteses.

Todavia, ao fim do artigo, o legislador fez uma ressalva quanto à hipótese de separação de fato há mais de dois anos: salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente. Então, inaugurada foi a culpa mortuária. Caso fique provado que a separação de fato deu-se por culpa do cônjuge sobrevivente, somente assim este será excluído da sucessão.

A redação do artigo, numa primeira leitura, não parece ser muito clara, mas o que foi trazido neste artigo apresenta mais clareza. Na hipótese de separação de fato dos cônjuges há mais de dois anos e caso ocorra

o falecimento de um deles, há uma presunção de inocência do cônjuge sobrevivente de forma que os herdeiros concorrentes terão que provar a culpa do sobrevivente.

Deste absurdo legislativo, várias dúvidas surgem: como provar a culpa do cônjuge sobrevivente por uma separação que já ocorreu há mais de dois anos e sendo a única testemunha da suposta culpa um *de cujus*? Qual seria o fundamento do legislador ao estabelecer esta necessidade de comprovação de culpa se é possível o divórcio sem discussão de culpa quando há separação de fato há mais de dois anos? Caso o cônjuge falecido, durante a separação de fato, tenha constituído nova família através de uma união estável, é possível que o cônjuge sobrevivente concorra com o companheiro?

Para responder a tais questionamentos, é necessária a análise das hipóteses de concorrência.

a) Cônjuge sobrevivente concorrendo com descendentes ou ascendentes

Neste caso, nota-se que os descendentes ou ascendentes do cônjuge falecido é possuem interesse em excluir o cônjuge sobrevivente da sucessão. Desta maneira, terão que provar duas circunstâncias: a separação de fato prolongada no tempo e a não culpa do falecido pela separação de fato, ou seja, a culpa do cônjuge sobrevivente.

b) Cônjuge sobrevivente concorrendo com o companheiro

Caso durante o período de separação de fato tenha o cônjuge sobrevivente constituído família pela união estável, apesar da opinião de Eduardo de Oliveira Leite no sentido de que o cônjuge sobrevivente concorrerá com

o companheiro, a combinação dos arts. 1830 com o 1723², trazem a solução: somente o companheiro herdará, em detrimento do cônjuge sobrevivente.

c) Cônjuge sobrevivente concorrendo com o Estado

Caso o cônjuge falecido não tenha deixado herdeiros e, por vacância o Estado venha a ser sucessor da herança do falecido, caberá a ele a prova de inocência do cônjuge falecido, sob pena de o Cônjuge sobrevivente separado de fato há mais de dois anos do falecido tornar-se herdeiro e suceder a totalidade da herança.

d) Cônjuge sobrevivente concorrendo com companheira putativa

Trata-se de uma hipótese de alta indagação jurídica. Seria o caso de o de cujus manter, quando em vida, dois relacionamentos familiares: ter uma vida conjugal com o cônjuge com o qual contraiu matrimônio e manter uma união estável com um companheiro paralelamente à primeira relação.

O STF, em alguns julgados³ *já demonstrou entender que o direito de família brasileiro adota o Princípio da Monogamia e também entende a nossa maior corte que a CR/88, em seu art. 226, estabeleceu uma hierarquia entre as formas de se constituir família prescrevendo o casamento como superior*

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

3 STF, RECURSO ESPECIAL Nº 789.293 - RJ (2005/0165379-8), RELATOR: MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO. EMENTA: União estável. Reconhecimento de duas uniões concomitantes. Equiparação ao casamento putativo. Lei nº 9.728/96. 1. Mantendo o autor da herança união estável com uma mulher, o posterior relacionamento com outra, sem que se haja desvinculado da primeira, com quem continuou a viver como se fossem marido e mulher, não há como configurar união estável concomitante, incabível a equiparação ao casamento putativo. 2. Recurso especial conhecido e provido.

a união estável.

Sem entrar nos meandros desta discussão, que não é objeto do presente trabalho, o fato é que nesta possível concorrência, o cônjuge sobrevivente herdaria tudo, pelo entendimento do STF.

Todavia, seria contraditório compartilhar da mesma opinião deste tribunal, por tudo que até o momento foi abarcado. Entende-se, desta forma, que deveria haver uma concorrência entre o cônjuge sobrevivente e o companheiro, por ser medida a equidade, por ser a forma de alcançarmos o fundamento constitucional da dignidade humana e por não entendermos existir Princípio da Monogamia e muito menos hierarquia entre as formas de constituir família.

Independente de se tratar de quaisquer das hipóteses acima mencionadas, o legislador de 2002 trouxe um enorme retrocesso⁴: como dito, ele pôde excluir a discussão de culpa do direito de família e não o fez e, ademais, alargou as hipóteses de discussão de culpa trazendo a culpa mortuária para o ordenamento jurídico.

Os tribunais, quanto à culpa que por ora ainda se discute no direito de família quando da dissolução da sociedade conjugal, já entendem pela sua desnecessidade.

SEPARAÇÃO JUDICIAL. PEDIDO INTENTADO COM BASE NA CULPA EXCLUSIVA DO CÔNJUGE MULHER. DECISÃO QUE ACOLHE A PRETENSÃO EM FACE DA INSUPORTABILIDADE DA VIDA EM COMUM, INDEPENDENTEMENTE DA VERIFICA-

4 A segunda parte da regra, porém, merece severa crítica. No caminho da busca pela separação judicial com base no princípio da ruptura, como existente na legislação estrangeira, vislumbrando a sociedade libertar-se da culpa no rompimento afetivo, já facilitado o fundamento para ação de separação (art. 1573, parágrafo único), e permitido o divórcio direto sem questionamento do motivo da ruptura, mostra-se retrógada a previsão. (CAHALI; HIRONAKA, 2003, p.221).

ÇÃO DA CULPA EM RELAÇÃO A AMBOS OS LITIGANTES. ADMISSIBILIDADE.

– A despeito de o pedido inicial atribuir culpa exclusiva à ré e de inexistir reconvenção, ainda que não comprovada tal culpabilidade, é possível ao Julgador levar em consideração outros fatos que tornem evidente a insustentabilidade da vida em comum e, diante disso, decretar a separação judicial do casal.

– **Hipótese em que da decretação da separação judicial não surtem consequências jurídicas relevantes.**

Embargos de divergência conhecidos, mas rejeitados.

(REsp 466.329/RS, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 14/09/2005, DJ 01/02/2006 p. 427)

APELAÇÃO CÍVEL - MINISTÉRIO PÚBLICO - SEPARAÇÃO JUDICIAL - IMPUTAÇÃO DE CULPA AO OUTRO CÔNJUGE - DESNECESSIDADE - RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. **Ao admitir a possibilidade de separação sem alegação de culpa de qualquer dos cônjuges, como vimos, o legislador aderiu preferentemente à teoria do divórcio-remédio. A separação é concedida como remédio para uma situação e não como punição.** A norma, após arrolar casuisticamente as hipóteses que tornam impossível a comunhão de vida, justificadoras do pedido de separação judicial litigiosa, vem seguindo a esteira das modernas legislações europeias, no seu parágrafo único, a admitir que o juiz pode considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum (p.ex., crueldade mental, desamor, incompatibilidade de gênios etc.). Apelando, assim, para a discricionariedade judicial, para que o órgão judicante, empregando critérios axiológicos, consagrados na ordem judicial (LICC, at 5º), interprete a norma em relação com a situação fática do caso sub judice, averiguando se, na verdade, a conduta de um dos cônjuges torna insuportável a convivência conjugal. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0079.06.271392-4/001 - COMARCA DE CONTAGEM - APELANTE(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS - APELADO(A)(S): V.L.L.O. J.F.O. - RELATOR: EXMO. SR. DES. MAURO SOARES DE FREITAS).

DIREITO DE FAMÍLIA - SEPARAÇÃO JUDICIAL CUMULADA COM ALIMENTOS - MÚTUA ASSISTÊNCIA - PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE - BINÔMIO NECESSIDADE/ POSSIBILIDADE - PARTILHA DE BENS - REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL - DÍVIDAS - CULPA PELA SEPARAÇÃO - DESUSO - DESNECESSIDADE DE AFERIÇÃO. É cabível o pagamento de alimentos entre marido e mulher em virtude do dever de mútua assistência, bem como do Princípio da Solidariedade, balizador da obrigação alimentar entre os cônjuges, devendo estes ser fixados em consonância com a capacidade do alimentante e a necessidade daquele que pleiteia a pensão alimentícia. Nos termos do §1º do art. 1.694 do Código Civil, os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada. **A tarefa de distribuir culpas numa separação é subjetiva, e inevitavelmente termina por provocar uma falsificação da realidade matrimonial. A culpa afigura-se como um instituto arcaico e em desuso na atual realidade jurídica pátria.** Na forma dos artigos 1.658 e 1.660 do CC, comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal na constância do casamento, adquiridos a título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges. As dívidas assumidas na vigência do casamento também devem ser partilhadas em igual proporção entre os ex-cônjuges, porquanto se presume que foram feitas em benefício da entidade familiar, vertendo-se em proveito do casal e dos filhos. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0017.05.017414-7/001 - COMARCA DE ALMENARA - APELANTE(S): W.C.L. - APTE(S) ADESIV: A.S.C.L. - APELADO(A)(S): A.S.C.L. W.C.L. - RELATOR: EXMO. SR. DES. DÁRCIO LOPARDI MENDES).

Lado outro, em relação ao art. 1.830 do CC, ele tem sido interpretado como uma presunção normativa de inocência em benefício do cônjuge sobrevivente. Todavia, assim como no direito de família a discussão de culpa tende a se tornar irrelevante, entende-se que no direito sucessório mais irrelevante ainda ela irá se tornar.

Enfim, entende-se como justa a interpretação que desconsidere a parte final do art. 1.830, por ser medida de congruência da regra com o ordenamento jurídico. Se no direito de família a discussão de culpa já arcaica, discutir culpa após a morte de um dos cônjuges e existindo a prova da separação de fato do falecido com o cônjuge sobrevivente é ainda mais rude e incongruente com o Estado Democrático de Direito.

5. CONCLUSÃO

Foi visto ao longo deste trabalho que, em meio ao contexto do Estado Democrático de Direito e de um Direito de Família modificado, ou melhor, que vem sofrendo alterações interpretativas em virtude da mutação social no que se refere ao conceito de família, a discussão de culpa nas relações personalíssimas tem se tornado cada vez mais obsoleta.

No direito de família, a culpa era discutida quando do fim da sociedade conjugal, discussão que foi relevante na realidade de uma família patriarcal e advinda somente do casamento.

Com o advento do Código Civil de 2002, mesmo tendo o legislador abarcado a necessidade de encontrar um culpado pelo fim da separação quando for esta litigiosa, os tribunais têm, aos poucos, interpretando a discussão de culpa como irrelevante, visto a liberdade dos cônjuges de não mais constituírem uma família, além de ser desgastante a busca por um culpado.

Noutro giro, no que se refere à sucessão entre os cônjuges, o legislador, no art. 1.830 do CC/02, trouxe uma nova hipótese de discussão de culpa: quando um dos cônjuges falecer e já existir uma separação de fato entre o falecido e o cônjuge sobrevivente há mais de dois anos, deverá ser provado que o sobrevivente foi o culpado para que seja excluído da sucessão do falecido.

A discussão de culpa pela separação de fato, nesta hipótese, será muito mais desgastante, visto tratar-se de circunstâncias muito íntimas vividas por alguém que já faleceu. Entendemos, então, que a discussão da culpa mortuária terá, na prática, o condão de acirrar disputas, despertar interesses e até causar injustiças. Não faz sentido atribuir direitos sucessórios a quem já não tinha nenhum vínculo com o falecido.

Em que pese o absurdo trazido pela mencionada regra, entendemos que a interpretação mais justa e congruente com o ordenamento jurídico, seria a de desconsiderar a discussão da culpa mortuária e, desta forma, o cônjuge separado de fato há mais de dois anos do falecido não faz jus à sucessão, independente de ter sido culpado ou não pela separação de fato.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso Avançado de Direito Civil: Direito das Sucessões**. V. 6. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e o Estado**. Rio de Janeiro: Vitória, 1891.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2005.

JUNIOR, Walsir Edson Rodrigues. O exercício da autonomia privada na dissolução da sociedade conjugal. *In*: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Direito Civil: autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais. **Atualidades II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

LOBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MADALENO, Rolf. **Concorrência sucessória e trânsito processual**. Disponível em: <http://www.rolfmadaleno.com.br/site/index.php?option=com_content&task=view&id=42&Itemid=39>. Acesso em 01 nov. 2009.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito de Família. V. 1. São Paulo: Max Limonad, 1947.

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

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PERLINGIERE, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução do direito civil-constitucional**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RIBEIRO, Ana Lúcia. **A tutela antecipada *inaudita altera parte* no Estado Democrático de Direito**. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_RibeiroAL_1.pdf>. Acesso em: 01 nov 2009.

RODRIGUES, Silvio. Direito das Sucessões. V. 7. São Paulo: Saraiva, 2003.

Artigo originalmente publicado no volume 1, número 3 de 2010.