

DESERDAÇÃO DE CÔNJUGUE (INOVAÇÃO NO PROJETO DE CÓDIGO CIVIL. POSIÇÃO DO DIREITO COMPARADO)

J. M. OTHON SIDOU

1. Na seara do direito civil universal, tal como em qualquer ramo da Ciência jurídica, há institutos que fenecem por seu esporádico apelo prático, e acabam silenciados no trato legislativo. Assim ocorreu com os *esponsais*, figura abolida pelo Código Civil em 1916; assim deverá ocorrer com o dote, já proscrito na futura versão, *in fieri*.

Pela raridade no cotidiano forense, devido sobretudo à mais abrangente figura paralela — a *indignidade* — na mesma sorte incorrerá a deserdação, “instituto odioso e inútil”, na apóstrofe de Clóvis Bevilacqua.

Note-se que o nosso Clóvis, coerentemente, não incluiu em seu Projeto o que tinha por odioso e inútil. A permanência da deserdação no Código resultou de emenda da Câmara dos Deputados, como sempre reverente à tradição.

A deserdação traz sempre em si o travo da vingança, o que vai ao arrepio do direito, desde que abolida a lei do talião e reduzido o poder do *pater familias*; encarado pelo aspecto vingativo, é hoje menos um instituto jurídico do que um anacronismo jurídico.

Daí por que se vislumbra a tendência no sentido de assentar seu intuito reparador apenas na privação sucessória por indignidade.

Por essa forma, livra-se o defunto do fundado anátema de ter levado ao túmulo, como última vontade, o capricho vingativo, enquanto se transfere a sanção contra o indigno àquele a quem, unicamente, como herdeiro legítimo, pode intentar sua exclusão na partilha do monte hereditário.

Entretanto, enquanto permanece em lei, oportunidade sempre há para uma digressão despreziosa a respeito da deserdação. Sobretudo quando reponha uma inovação no sistema sucessório pátrio: a deserdação do cônjuge.

2. Embora guardem objetivo idêntico — a privação sucessória — são distintas deserdação e exclusão por indignidade.

Distingue-se em que a deserdação é disposição de última vontade, portanto vinculada à sucessão testamentária, enquanto a exclusão por indignidade alcança ambas as espécies de sucessão, testamentária e *ab intestato*. A deserdação só pode atingir o herdeiro necessário, também chamado legitimário, reservatário, ou, ao modo dos de língua castelhana, forçoso; a exclusão por indignidade tanto abrange o herdeiro legítimo (aqui incluído o legitimário, e excluído por óbvio o Estado), quanto alcança e legatário. Enfim, enquanto são exigidos do disponente, *verbis expressis* no testamento, os fundamentos determinantes da deserdação, a exclusão por indignidade é determinada por sentença, em ação ordinária.

3. Quando nosso Código Civil fala em sucessão *legítima*, o qualificativo é empregado apenas para o efeito da vocação sucessória, a fim de expressar que aquelas classes são as reconhecidas e chamadas pela lei para prevalecerem, por eliminação, umas sobre as outras, na ausência de testamento. Não se confunde sucessão legítima com o substantivo *legítima*, já assim, palavra solta, tratada no direito romano, ou seja, a parte da herança de que não pode dispor livremente o testador.

Entendida essa diferença, nem sempre distinguida, impende observar como se comporta a legislação estrangeira quanto à posição do cônjuge nesse contexto.

Antes do mais, precisa ser posta em relevo que a participação do cônjuge na formação do patrimônio da sociedade conjugal (Cód. Civ., arts. 259, 262) é indene à exclusão por indignidade e, com mais veras, à deserdação. A “meação” do cônjuge não é herança; é a parte do todo que se separa no instante mesmo do decesso de um dos consócios, para constituir patrimônio unipessoal.

Destarte, a deserdação somente pode abranger a parte do testador.

4. No global das leis civis modernas, a sucessão legítima toca aos descendentes e ascendentes do defunto (linha reta), aos colaterais até determinado grau (linha transversal), ao cônjuge sobrevivente e, em caso de sucessão vacante, ao Estado; sem embargo de que há variações acentuadas nessa ordem, ora o cônjuge ocupando lugar precedente aos colaterais (a densa maioria), ora sendo-lhes sotoposto (*v.g.*, Portugal, Uruguai), ora sendo desconhecido na sucessão legítima.

Para situar a figura do cônjuge como herdeiro suscetível de deserdação, tema central deste excurso, interessa-nos observar o comportamento das legislações forâneas quanto à classe de herdeiros necessários, ou legitimários.

Admitem nessa classe apenas os descendentes e ascendentes os Códigos de França (art. 913), Portugal (art. 2.157), Uruguai (art. 885), México (para o Distrito Federal e protótipo), Japão (art. 889) e Brasil (art. 1.721).

Ao diverso, incluem o cônjuge na classe de herdeiros necessários os Códigos de Itália (art. 326), Espanha (art. 807, 3º), Alemanha (§ 2.303), Hungria (art. 663, 2), Grécia (art. 1.8250, Argentina (art. 3.592), Chile (art. 1.182), Peru (art. 724).

Somente, portanto, em face desses estatutos pode ser cogitada a figura da deserdação do cônjuge.

O BGB, alemão, no dispositivo subtulado “Privação da Legítima” (§ 2.335), estatui que “o disponente pode privar da legítima o cônjuge que incidir num dos casos que autorizam propor ação de divórcio, conforme” (presentemente) a Lei de Casamentos, de 1946, §§ 42 e 43.

O Código húngaro se pauta pelo mesmo princípio. E o estatuto helênico é também expressivo ao dispor, no art. 1842, que o testador pode deserdar seu cônjuge se culpado por falta que o autorizasse intentar ação de divórcio.

O Código Civil do Peru, em sua versão de 1936, dispunha, no art. 713, que “o testador, expressando justa causa, pode privar da herança seu herdeiro forçoso nos seguintes casos: (...) 5º, haver incorrido numa causa de divórcio, se se tratar de cônjuge”.

O estatuto peruano vigente, de 1984, mantém o princípio no art. 742, *verbis*: “Pela deserdação, o testador pode privar da legítima o herdeiro forçoso que houver incorrido em alguma das causas previstas em lei”.

No art. 746 é explicitado que “são causas de deserdação do cônjuge as previstas no art. 333, incisos 1 a 6”. O dispositivo remetido relaciona-se com a dissolução do vínculo, indicando como causas, nos ítems citados, adultério, sevícia na pessoa do cônjuge, atentado contra sua vida, injúria grave e abandono injustificado da casa conjugal.

A sistemática chilena experimentou modificação no tema que nos prende a atenção, ao incorporar o cônjuge no rol dos legitimários. Essa modificação é recente, da última década, operada por via da Lei nº 19.585. Conseqüentemente, ao estatuir o Código Civil do Chile, no art. 1.207, imodificado, que uma disposição testamentária pode deserdar um legitimário, implicitamente passou a admitir a deserdação do cônjuge. Tanto seria bastante. Mas, explicitamente está definido, no art. 1.208, parte final, também afetado pela reforma promo-

vida pela lei citada, que os ascendentes e o cônjuge poderão ser deserdados por qualquer das causas capituladas em três itens do art. 101.

5. O critério de limitar o instituto da deserdação na pessoa dos descendentes e ascendentes estava presente nas Ordenações Afonsinas, ao versarem sobre a matéria no livro IV, Tit. C, e nas Filipinas, que consagram em Livro de igual ordem, Títulos 88 e 89, as causas pelas quais o pai ou a mãe pode exerdar seus filhos e o filho pode exerdar pai e mãe, e assim quanto aos demais descendentes e ascendentes.

Esse fora o sistema absorvido do direito vizigótico, segundo Clóvis Bevilacqua, no *Direito das Sucessões*, pág. 99, da edição de 1899.

Bem anteriormente, o critério de ignorar a mulher na vocação hereditária resultou da adoção do casamento *sine manu* pelo direito honorário romano, conseqüentemente da separação de patrimônios dos cônjuges, devendo ser assinalado que, sob o regime matrimonial *cum manu*, primitivo, a mulher herdava como *loco filiae*, ou pelos laços de sangue. No direito justiniâneo, portanto mui posteriormente, a Novela 118,5 (ano 543) instituiu a *quarta uxoria*, ou a porção do patrimônio quando o defunto não tivesse filhos.

No direito brasileiro, assentava a Consolidação das Leis Civis (1875) que “são herdeiros necessários os descendentes e os ascendentes capazes de suceder ao intestado” (art. 1.006), e, nos arts. 1.016 e 1.018, respectivamente, fixava as causas para a deserdação dos descendentes e ascendentes.

O Projeto Coelho Rodrigues (1893), que — assinala-se — foi oficialmente instituído para servir de base à elaboração do futuro Código Civil, manteve o preceito nos arts. 2.499 e seqüentes, porém Clóvis, repetimos, omitiu coeorentemente o instituto da deserdação.

No atual regime pátrio são herdeiros necessários os descendentes e os ascendentes do defunto (art. 1.721). O cônjuge é herdeiro legítimo, não legítimo, não podendo, portanto, ser deserdado, embora tanto quanto qualquer herdeiro de sangue ou legatário possa ser excluído da sucessão, por indignidade (art. 1.595).

6. A indignidade, como fator da exclusão sucessorial, é prevista no universo das legislações, e já era objeto de trato no direito romano clássico, no procedimento formulário, pelo Tribunal dos Centúviro, especificamente competente, desde a fase histórica, para conhecer das questões de herança. *Indignus* era quem, entre outras ofensas, e citam-se quatorze, causasse a morte do autor da herança ou fizesse desaparecer o testamento ou lhe obstaculizasse o efeito de executar. A exclusão poderia ser desconhecida no testamento, com

o indigno pessoalmente contemplado, porém o fisco romano desapossava-o, se já imitado na posse da herança.

As causas citadas como exemplo continuam a ter presença nos Códigos modernos, quase *ipsis verbis*.

7. Já que falamos em “fisco”, seja-nos permitida ligeira digressão.

A expressão citada, que aparece em várias legislações, formando sinonímia com a palavra “Estado”, empregada em várias outras, como a última ordem da vocação hereditária, nada tem a ver com a dívida ativa do Poder público, o que pode levar a induzir que o Estado somente se tornaria herdeiro como credor, para se ressarcir do que lhe é tributariamente devido. Fisco, nas legislações civis que empregam o termo, significa o Estado-nação, e assim corresponde ao *Fiscum*, ou *Aerarium* da Roma antiga, dado que essa desconhecia a palavra Estado na acepção que hoje lhe damos.

Diverso fosse tal conceito, seria de todo dispensável erigir o Estado como herdeiro legítimo, uma vez que o espólio passa a ser responsável pelas dívidas tributárias do *de cuius* desde a abertura da sucessão (Código Tributário Nacional, art. 131, III; Código Tributário Alemão, § 265). Não seria de mister a sucessão vacante atribuída ao Estado, para que ele se embolsasse do quanto lhe é devido.

Não tem, pois, o sentido de ressarcimento o direito do Estado em caso de herança vaga. E se ele Estado, ou seu sinônimo legislativo Fisco, como herdeiro *ab intestato*, está incluído entre os que têm interesse na sucessão (Cód. Civ., art. 1.596), conseqüentemente tem legitimidade *ad causam* para acionar contra o indigno, se só com esse concorrer. É como se deduzisse do art. 2.153 do Código Civil Português, ao recitar que “o Estado tem, relativamente à herança, os mesmos direitos e obrigações de qualquer outro herdeiro”, obrigação, *inter alia*, de ressarcir os credores do espólio, ao imitir-se na posse da herança; direito, *inter alia*, de acionar para excluir o herdeiro indigno que com ele possa concorrer.

8. Voltemos ao tema central.

A deserção, como exposto, é ato de última vontade, em conformidade com a lei (Cód. Civ., art. 1.626). É resultante de uma vontade limitada, não mais prevalecendo a deserção ao talante do testador, já desaperecebida mesmo no direito romano, desde Augusto. A exclusão por indignidade é também imperativo da lei, e também direito singular, não admitindo interpretação extensiva, e deve ser provocada pelo herdeiro que tenha interesse na sucessão (*id.*, art. 1.596).

É a lei, portanto, que a autoriza, e em certos regimes não pode ser contemplada pela remição.

O Código Civil argentino estatui, no art. 1.291, que, decorrente da condenação em juízo, a indignidade não pode ser relevada nem por efeito de graça no juízo criminal, nem pela prescrição da pena.

Ao inverso, os Códigos italiano (art. 466), alemão (§ 2.343) e brasileiro (art. 1.597) admitem a habilitação do indigno, desde que a pessoa de cuja sucessão se trata o faça por testamento. Nesse caso, cessa a legitimidade processual de qualquer herdeiro para evocar a causa da ingratidão. A última vontade do testador se lhe sobrepõe.

A Código Civil Brasileiro reza, no art. 1.595, que são excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários —que houverem sido autores ou cúmplices em crime de homicídio voluntário, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar; que a acusarem caluniosamente em juízo, ou incorrerem em crime contra a sua honra; e que, por violência ou fraude, a inibirem do livremente dispor de seus bens em testamento ou codicilo, ou lhe obstarem a execução dos atos de última vontade.

9. O Projeto de Código Civil, que tramita no Congresso Nacional desde 1975, e no ponto em estudo manteve a substância traçada por seus redatores daquele ano, repete as mesmas causas de indignidade, apenas com irrelevante variação redacional.

Mas o Projeto inova na matéria que nos prende a atenção em dois pontos substanciais.

O primeiro ponto diz com o ingresso do cônjuge na classe dos herdeiros necessários, em seguida aos descendentes e ao lado dos ascendentes (art. 1.872). Seguindo o sistema germânico, torna o cônjuge parceiro dos herdeiros de sangue quando concorrerem ascendentes de primeiro grau (pai e mãe), reservando-lhe 30% do monte hereditário, e a metade se mais afastado for aquele grau (avós, etc.).

De logo deve ficar bem claro que a iniciativa dessa mudança e daquela inclusão do cônjuge é de Orlando Gomes, em seu malogrado Anteprojeto oficial de 1966. Lê-se no volume *Código Civil — Projeto Orlando Gomes* (edição Forense, pág. 105) a Justificação de tão louvável iniciativa: “Visa o preceito a amparar, principalmente, a mulher, atento à circunstância de que, com a adoção do regime legal da separação relativa (de bens), os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge não se comunicam”.

O outro ponto inovado no Projeto em fase legislativa final resulta da deserdação do cônjuge, ao que necessariamente se chega por consequência,

desde que o texto não o expressa claramente, como o fazem os estatutos citados da Alemanha, Grécia, Hungria, Peru e Chile.

Afasta-se o Projeto, por este modo, da imemorial tradição do nosso direito avoengo, já absorvido, como dissemos, do direito vizigótico.

De quanto foi exposto, a conclusão é uma só: os projetistas do futuro Código Civil, a partir do inolvidável Orlando Gomes, por um lado supriram vantajosamente uma lacuna; por outro, e não sabemos se com ou sem proveito, porque não vale questionar o inútil, ampliaram o instituto da deserdação no sistema pátrio.